

ANNO XVI - N. 4 OTTOBRE-DICEMBRE 2003

RIVISTA TRIMESTRALE DI

DIRITTO PENALE DELL'ECONOMIA

CEDAM

INDICE SOMMARIO

DOTTRINA

Articoli:

- GIUSEPPE AMARELLI, Mito giuridico ed evoluzione della realtà: il crollo del principio *societas delinquere non potest* 941
- ANGELO CARMONA, La responsabilità degli enti: alcune note sui reati presupposto 995
- GIOVANNI COCCO, I confini tra condotte lecite, bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice nelle relazioni economiche all'interno dei gruppi di società 1021
- EDUARDO DEMETRIO CRESPO, Sul bene giuridico nel *delitto pubblicitario* previsto dall'art. 282 del codice penale spagnolo . . . 1065
- A propósito del bien jurídico en el delito publicitario tipificado en el art. 282 del código penal español 1082
- POMPEO MANGANO, Falso in bilancio e bancarotta 1095
- DARIO MICHELETTI, I nessi tra politica criminale e diritto intertemporale nello specchio della riforma dei reati societari 1113

Commenti a sentenza:

- ALBERTO CRESPI, La curiosa storia di un furto consumato nonostante la (presunta) quantità d'acqua sottratta risultasse «non precisata né precisabile» 1149
- GIOVANNA MINNITI, Colpa professionale e colpa medica nella più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione 1153
- VITO PLANTAMURA, Brevi note sulla distrazione dei finanziamenti dalla loro destinazione legale 1181

ATTUALITÀ

- MASSIMO LECCESE, Responsabilità delle persone giuridiche e delitti con finalità di terrorismo o eversione dell'ordine democratico (art. 25 *quater*, d. lgs. n. 231 del 2001) 1191
- CARLA MANDUCHI, Il ruolo delle soglie di punibilità nella struttura dell'illecito penale 1210
- VITO PLANTAMURA, Alle soglie del falso (Previsione, natura e disciplina delle soglie di non punibilità dei reati di false comunicazioni sociali) 1252

D O T T R I N A

ARTICOLI

GIUSEPPE AMARELLI

ricercatore di diritto penale
dell'Università di Napoli «Federico II»

MITO GIURIDICO ED EVOLUZIONE DELLA REALTÀ: IL CROLLO DEL PRINCIPIO *SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST*

SOMMARIO: 1. Il riproporsi del problema della responsabilità delle persone giuridiche sulle spinte della «modernità». - 2. Le sue possibili soluzioni *versus* la soluzione fornita dal legislatore. - 3. L'opzione compromissoria del d. lgs. n. 231/2001: l'asimmetria tra parte generale e parte speciale. - 4. Sottosistema sanzionatorio e «cultura di codice». - 5. La definizione testuale della responsabilità come amministrativa e le prove della sua natura penale. - 6. La difficile compatibilità della responsabilità penale degli enti con i principi di personalità della responsabilità penale e del finalismo rieducativo delle pene. - 7. La scelta «obbligata» della modifica della Carta Costituzionale per tutelare i principi e le categorie del diritto penale classico.

1. – In uno dei suoi libri più recenti Paolo Grossi, massimo tra gli storici del diritto del nostro tempo, con il dichiarato obiettivo di «fungere da coscienza critica al cultore del diritto positivo» e di relativizzare «certezze troppo assolute» ⁽¹⁾, cerca di individuare le mitologie giuridiche ⁽²⁾ create dalla modernità allo scopo di fornire ai giuristi positivi dei validi strumenti di «demitizzazione culturale» necessari per superarle, per sciogliere «il grosso ed aggrovigliato nodo di certezze assiomatiche che si è lentamente sedimentato nel cuore del giurista moderno» e che ha allontanato progressivamente il diritto, i suoi principi e le sue categorie ordinanti dalla realtà ⁽³⁾. L'Autore rinviene nell'illuminismo giuridico dell'Europa continentale «la più intelligente, la più consapevole, la più abile fonderia di miti giuridici mai riscontrabile nella lunga storia occidentale; un complesso di miti organicamente immaginati e affiancati che danno vita ad una vera e propria mi-

⁽¹⁾ Così GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, 3.

⁽²⁾ Sulla nozione di «mitologia giuridica» si rinvia al lavoro di S. ROMANO, *Mitologia giuridica*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, qui citato nella ristampa inalterata del 1983, 126 ss., dove l'Autore osserva che «il mito giuridico (...) è credenza accolta da un numero molto variabile, ma sempre notevole, di individui che partecipano in un modo o in un altro alla vita pubblica, ora attivamente, ora come spettatori che tuttavia giudicano e valutano l'opera degli autori dal punto di vista di concezioni e convinzioni comuni».

⁽³⁾ Così GROSSI, *Mitologie giuridiche*, cit., 79.

tologia giuridica». Muovendo da queste basi approda all'opportunità-necessità di superare il principio di riserva di legge e la tradizionale gerarchia delle fonti del diritto spostando l'accento sulla dimensione esperienziale ⁽⁴⁾.

Per quanto valida per la materia civilistica ⁽⁵⁾, tale soluzione non può essere condivisa nella prospettiva penalistica a causa, com'è ovvio, delle peculiarità di questo settore dell'ordinamento giuridico, dell'autonomia dei suoi principi fondanti, della complessità delle garanzie che devono essere ad esso connesse e del debito sempre aperto con gli insegnamenti e le conquiste dell'età dei Lumi ⁽⁶⁾. Nondimeno, la premessa di fondo ci sembra cogliere nel segno se viene utilizzata come strumento per decifrare le ragioni del lungo fasto e del rapido declino del principio *societas delinquere non potest* nel diritto penale italiano ⁽⁷⁾.

Il principio del «*societas*», infatti, deve essere ascritto senza ombra di dubbio al novero dei dogmi prodotti durante l'Illuminismo, in quanto fino ad allora, a partire dal XIV secolo, soprattutto in seguito alla speculazione di Bartolo da Sassoferrato, era prevalso il principio opposto in base al quale le *universitates* erano state annoverate pacificamente tra le possibili destinatarie di risposte punitive ⁽⁸⁾.

⁽⁴⁾ Sul punto si veda GROSSI, *Pagina introduttiva (ancora sulle fonti del diritto)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 30, t. I, Milano, 2001, 1 ss.; nonché dello stesso Autore, *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, *ibidem*, 551 s., dove egli rinviene nella globalizzazione la causa della crisi del modello normativistico di diritto e della conseguente apertura del sistema delle fonti del diritto alla «dimensione esperienziale». Ulteriori più compiuti sviluppi di queste riflessioni nelle belle pagine su *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, 151 ss.

⁽⁵⁾ Per una conferma di ciò si rinvia al lavoro di GALGANO, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1993, 212, dove l'Autore osserva che nell'odierna società il contratto è divenuto una vera e propria fonte del diritto pur non essendo annoverato tra le fonti normative: «il contratto prende il posto della legge anche per organizzare la società civile (...) in molti settori della vita sociale».

⁽⁶⁾ Sull'imprescindibile ruolo assolto dall'Illuminismo nella edificazione del diritto penale moderno si veda, da ultimo, MOCCIA, *La «promessa non mantenuta». Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, 11 ss.

⁽⁷⁾ Sia chiaro la possibilità di traslare questo ragionamento e di applicarlo ad uno dei principi cardine del diritto penale non deve mettere in allarme, perché non vuole e non può rappresentare il preludio di una eventuale demitizzazione di tutti i principi («miti giuridici») che fondano il sistema di garanzie tanto faticosamente costruito in lunghi secoli di elaborazione giuridica e di produzione normativa in ambito penale. Il discorso può valere, infatti, unicamente per quei principi che, come il *societas*, non sono ispirati a «valori» intangibili, alla tutela cioè dei diritti umani fondamentali e delle garanzie individuali, ma originano da una scelta normativa dipendente dal tessuto sociale, economico e giuridico esistente in un determinato momento storico.

⁽⁸⁾ Bartolo da Sassoferrato, nel suo ragionamento, muoveva dalla constatazione, già comune tra i canonisti, che l'*universitas* era un'entità autonoma e diversa rispetto ai membri

È stato, infatti, «l'impietoso *anéantissement* [verificatosi] durante le vicende della Rivoluzione francese» ⁽⁹⁾ delle stesse persone giuridiche quali soggetti protagonisti della vita sociale ed economica – originato dal primato attribuito all'individuo e dalla convinzione che in esse si erano alimentati i privilegi delle caste e delle classi dominanti ⁽¹⁰⁾ – a far sì che in tutti i paesi di *civil law* il principio *societas delinquere non potest* divenisse uno dei cardini inattaccabili del diritto penale classico, uno dei «miti giuridici» più solidi mai conati in ambito penalistico.

Si capisce che permeati da simili approcci ideologici e giuridici, i sistemi penali che si sono venuti delineando a partire dall'età delle codificazioni hanno presentato un impianto rigorosamente antropocentrico che si è, quasi naturalmente, opposto all'introduzione di forme di corresponsabilizza-

che la formavano, affermando che «*aliud est universitas, quam personae quae faciunt universitatem, secundum iuris fictionem, quia est quaedam persona repraesentata*». L'aspetto innovativo ed originale della sistemazione bartoliana risiede nel fatto che, a suo giudizio, l'artificialità del soggetto collettivo, la sua natura puramente giuridica e la mancanza di un corpo e di un'anima, non gli precludeva affatto a livello concettuale la possibilità di essere protagonista di tutte le figure criminose, se solo si sfruttavano le possibilità logiche insite nell'analogia con la persona. Ragionando in questi termini, e reputando l'*universitas* assimilabile, nella sfera del ragionamento giuridico («*sicut ponimus nos iuristas*»), alla persona fisica, si poteva tranquillamente arrivare alla conclusione di riconoscerle una autonoma capacità a delinquere e di ammettere una sua responsabilità penale. Ciò peraltro per Bartolo non comportava il rischio, paventato da altri giuristi dell'epoca, di colpire anche le persone innocenti che costituivano le *universitates*. A suo modo di vedere, infatti, per evitare tale conseguenza non era necessario negare la possibilità a livello teorico di ipotizzare una responsabilità criminale dei soggetti collettivi, bensì era sufficiente procedere con cautela nella fase dell'applicazione della pena. In altre parole, una volta riconosciuta la responsabilità di una *universitas* non si doveva fare ricorso a quelle pene che, per la loro natura (per esempio la sanzione dello scioglimento), potevano produrre effetti lesivi in danno di terzi innocenti estranei alla commissione del delitto. Sul pensiero di Bartolo da Sassoferrato in relazione al tema della responsabilità dei soggetti collettivi si veda LONGHI, *La persona giuridica come soggetto di responsabilità penale*, in *Riv. pen.*, 1906, 403; MESTICA, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Roma, 1933, 50 ss.; D'URSO, *Persona giuridica e responsabilità penale. Note storico-giuridiche a proposito di recenti riforme*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 29, Milano, 2000, 543; nonché il mio «Crisi» del diritto penale societario e prospettive di riforma: la responsabilità (penale?) delle persone giuridiche, in AMARELLI-D'ALESSANDRO-DE VITA, *Il nuovo sistema sanzionatorio del diritto penale dell'economia: decriminalizzazione e problemi di effettività*, a cura di DE VITA, Napoli, 2002, 161 ss. Per le fonti si rinvia a BARTOLO DA SASSOFERRATO, *comm. ad D.* 48.19.16.10, n. 3.

⁽⁹⁾ Così D'URSO, *Persona giuridica e responsabilità penale*, cit., 518. Dello stesso Autore si veda, inoltre, per ulteriori approfondimenti dei profili storici, *Verso una novità «antica»: la responsabilità penale della persona giuridica*, in *Quaderni cost.*, 2002, 825 ss. In argomento cfr. anche DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la parte generale e la parte speciale del d. lgs. 8 giugno 2001*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di GARUTI, Padova, 2002, 59 s.

⁽¹⁰⁾ LONGHI, *La persona giuridica*, cit., 404.

zione dei soggetti collettivi ed al superamento del principio *societas delinquere non potest* ⁽¹¹⁾.

Questa convinzione era stata ulteriormente corroborata dall'affermarsi nel pensiero giuridico dell'Ottocento – in seguito al riaffacciarsi degli enti collettivi sulla scena delle relazioni giuridiche – della ben nota concezione dogmatica che vedeva nella persona giuridica una mera «finzione» di natura legislativa, creata per soddisfare gli interessi economici della borghesia imprenditoriale ed ontologicamente incompatibile, a causa della mancanza di una autonoma capacità volitiva, con le categorie concettuali di stampo penalistico ⁽¹²⁾.

La possibilità di considerare gli enti destinatari di sanzioni penali era talmente distante dallo spirito culturale e giuridico del tempo da essere considerata un'illazione futuribile ed irrealizzabile, un «non problema», un argomento così ovvio e scontato da non meritare alcuna attenzione sia da parte dei singoli legislatori nazionali dei paesi europei (fatta eccezione per quelli dei paesi di *common law*), sia da parte della dottrina.

L'assunto della non perseguibilità degli enti collettivi, edificato su tali fondamenta, si presentava come il presupposto non scritto, ma insuperabile, del nostro ordinamento giuridico e degli altri ordinamenti europei occidentali moderni ⁽¹³⁾.

Solo nell'ultimo secolo in Italia si è iniziato ad avvertire ciclicamente il

⁽¹¹⁾ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2001, 143 ss.; MUSCO, *Diritto penale societario*, Milano, 1999, 26.

⁽¹²⁾ Tale teoria, elaborata per primo da VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen rechts*, Berlin, 1840, qui citato nella traduzione italiana a cura di SCIALOJA, *Sistema del diritto romano attuale*, II, Roma-Napoli, 1888, 240 ss., si fonda sull'assunto che solo l'uomo è soggetto di diritti, *Rechtssubjects*, e non anche le persone giuridiche. Le persone giuridiche erano considerate prive di una soggettività autonoma dovendosi avvalere per agire necessariamente della condotta di altre persone fisiche-organismi ed erano viste come dei soggetti artificiali creati per «finzione» attraverso il riconoscimento formale del legislatore. Che queste abbiano un'essenza meramente artificiale lo si deduce, invero, in maniera evidente nel momento in cui si effettua nei loro confronti un giudizio di carattere prettamente naturalistico, qual è quello di accertamento della responsabilità penale. Sul punto si veda anche ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, Torino, 1968, 21 ss. In argomento v. ancora D'URSO, *Persona giuridica e responsabilità penale*, cit., 519; nonché LONGHI, *La persona giuridica*, cit., 405.

⁽¹³⁾ In argomento si veda DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti*, cit., 73 ss. il quale definisce il *societas delinquere non potest* «come pensiero dominante nella penalistica degli ultimi due secoli»; DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, 303 ss.; PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest. Riflessioni sul recente (contrastato) superamento di un dogma*, in *Quest. giust.*, 2002, 1087 ss.; ID., *Societas delinquere et puniri potest: la fine tardiva di un dogma*, in questa *Rivista*, 2002, 571 ss.; nonché il mio «Crisi» del diritto penale societario, cit., 167 ss.

bisogno di superare il principio *societas delinquere non potest*, in relazione però ad esigenze diverse e fortemente condizionate ideologicamente e, precisamente, negli anni Venti con De Marsico al fine di introdurre una forma di responsabilità dei sindacati ⁽¹⁴⁾, e negli anni Settanta con i fondamentali lavori di Bricola per ovviare ai «costi» eccessivi che la devota osservanza del principio produceva sulla società del tempo ⁽¹⁵⁾. Così come si accendeva l'interesse per l'argomento tanto rapidamente, però, si spegneva o perché sopravvenivano altre scelte legislative (come avvenne negli anni Venti con la creazione delle corporazioni e l'annullamento di fatto del movimento operaio) o perché ci si imbatteva in ostacoli dommatici giudicati, ad un'attenta analisi, insuperabili anche dagli stessi sostenitori dell'introduzione di una responsabilità penale degli enti (come avvenne sul finire degli anni Settanta) ⁽¹⁶⁾.

Sebbene infruttuosi, questi tentativi hanno però contribuito a far iniziare a vacillare il «mito giuridico» del *societas delinquere non potest* e ad erodere quelle che sembravano esserne delle ferree radici.

A dare il colpo decisivo al principio dell'irresponsabilità degli enti collettivi è stato il radicale mutamento della realtà economica e sociale esterna (e dunque anche delle istanze politico-criminali che da essa originano) ⁽¹⁷⁾ a

⁽¹⁴⁾ DE MARSICO, *La difesa sociale contro le nuove forme di delitto collettivo*, in *Riv. pen.*, 1920, 201 ss., nonché in *Studi di diritto penale*, Napoli, 1930.

⁽¹⁵⁾ BRICOLA, *Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 951 ss., qui citato nella versione contenuta in *Franco Bricola. Scritti di diritto penale. Parte speciale e legislazione complementare. Diritto penale dell'economia*, a cura di CANESTRARI-MELCHIONDA, II, t. II, Milano, 1997, 2977 ss.; ID., *Il costo del principio societas delinquere non potest nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Il diritto penale delle società commerciali. Atti del convegno*, Milano, 1973, 43 ss.; ID., *Luci ed ombre nella prospettiva di una responsabilità penale degli enti (nei paesi C.E.E.)*, in *Giur. comm.*, 1979, 647 ss., qui citato nella versione contenuta in *Franco Bricola. Scritti di diritto penale. Parte speciale e legislazione complementare. Diritto penale dell'economia*, cit., 3074 ss.; ID., *Il problema della responsabilità penale delle società commerciali nel diritto italiano*, in *La responsabilità delle persone giuridiche*, Atti del Convegno, Messina, 1979, 235-263, qui citato nella versione contenuta in *Franco Bricola. Scritti di diritto penale*, cit., 3096.

⁽¹⁶⁾ Cfr. a riguardo BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in AA.VV., *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, a cura di DE ACUTIS-PALOMBARINI, Padova, 1984, 73 ss., dove l'Autore, tornando sui suoi passi, indica come soluzione più idonea ad aggirare la barriera di cui all'art. 27, comma 1, Cost. quella della tutela amministrativa. Si rinvia sul punto a PALIERO, *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano*, in questa *Rivista*, 1996, 1185; C. FIORE, *Irriducibilità e limiti del principio «societas delinquere non potest»*, in FIORE-BAFFI-ASSUMMA, *Gli illeciti penali degli amministratori e sindaci delle società di capitali. Profili sistematici ed orientamenti della giurisprudenza*, Milano, 1992, 15.

⁽¹⁷⁾ Sui rapporti tra esigenze sociali, politica criminale e diritto penale si rinvia al fondamentale lavoro di ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del rea-*

cui si è assistito in questi ultimi tempi ⁽¹⁸⁾. La necessità di adattare il diritto a tali rinnovate esigenze ha fatto sì, infatti, che si riaprisse tra i giuristi positivi (sebbene per un lasso di tempo troppo breve, a causa della improcrastinabile esigenza di fare fede ad alcuni accordi internazionali) il dibattito sull'opportunità di introdurre nel nostro ordinamento una forma di responsabilità penale (o parapenale) per le persone giuridiche. Più puntualmente, seppure in via di estrema sintesi ⁽¹⁹⁾, si può dire che l'esigenza di elevare al rango del penalmente rilevante i comportamenti illeciti realizzati nell'interesse degli enti collettivi si è prospettata, nell'attuale contesto giuridico, in relazione al modificarsi dell'economia e del mercato globalizzati, alla sempre maggiore diffusione del modello d'impresa societario ⁽²⁰⁾ (soprattutto di grandi dimensioni), in luogo della desueta figura dell'impresa individuale ⁽²¹⁾, ed all'incontrovertibile constatazione che, nella realtà quotidiana odierna, *societas saepe delinquit, sed numquam puniri potest*.

I repentini mutamenti dei sistemi economico (con la «volatilizzazione»

to, a cura di MOCCIA, Napoli, 1996, 37 ss.; cfr. anche nella dottrina italiana MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, 463 ss.

⁽¹⁸⁾ Per una ricostruzione di queste dinamiche, resta obbligato il rinvio a BECK, *Che cos'è la globalizzazione*, trad. it., Roma, 1999. Per una costruzione di un sistema del diritto penale che, ispirandosi al pensiero dell'illustre sociologo tedesco, cerchi di adattarsi al mutamento della vita sociale ed economica circostante senza sovvertire le regole minime di garanzia, si veda per tutti il bel lavoro di STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2002, *passim*; nonché CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia. Mercato, regole e controllo penale nella postmodernità*, Padova, 2002; per una analoga indagine condotta però in una prospettiva prevalentemente criminologica si veda FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, in particolare 184 ss. Da ultimo, per una accurata ricostruzione dell'evoluzione del diritto penale bancario in relazione al cambiamento del mercato moderno cfr. PATALANO, *Reati e illeciti del diritto bancario. Profili sistematici della tutela del credito*, Torino, 2003.

⁽¹⁹⁾ Per una più ampia ricostruzione delle istanze politico-criminali che premevano per il superamento del principio *societas delinquere non potest* sia consentito rinviare ancora ad AMARELLI, «Crisi» del diritto penale societario e prospettive di riforma, cit., 189 ss.; nonché a DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., 245 ss.; PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri potest: la fine tardiva di un dogma*, cit., 576 ss. Per la manualistica si rinvia per tutti a MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2001, 118 ss.; PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2002, 86.

⁽²⁰⁾ Si veda sull'argomento più dettagliatamente ALESSANDRI, *Art. 27, 1° comma Cost.*, in *Commentario della Costituzione* (fondato da Branca e continuato da Pizzorusso), *Rapporti civili*, Bologna-Roma, 1991, 152; nello stesso senso cfr. D'URSO, *Persona giuridica e responsabilità penale. Note storico-giuridiche a proposito di recenti riforme*, cit., 515.

⁽²¹⁾ Cfr. sull'affermarsi dell'impresa (anche in veste societaria) come soggetto capace di comportamenti criminali nell'ambito dell'esercizio della propria attività «decisa», ALESSANDRI, *Impresa (responsabilità penali)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1991, 194 s.; per una analisi sui fattori empirici che alimentano la sub-cultura criminale all'interno delle società e che si traducono in istanze politico-criminali di attribuzione della responsabilità direttamente in capo alle società medesime cfr. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., 187; FOGLIA MANZILLO, *Le società commerciali verso un nuovo sistema sanzionatorio*, in questa *Rivista*, 2000, 986 ss.

del concetto di luogo di conclusione degli affari, venutasi a determinare per effetto della diffusione del commercio elettronico e della creazione del mercato globale) e giuridico (con il superamento della sovranità dei singoli Stati e le esigenze di armonizzazione ed unificazione dei sistemi giuridici) indotti dalla globalizzazione e dalla *postmodernità* ⁽²²⁾ hanno reso urgente e necessario l'abbandono del (mito giuridico costituito dal) principio del «*societas*», a causa della sua evidente incapacità di flessibilizzarsi e di adeguarsi ad essi. Tale principio, invero, radicandosi per oltre due secoli nel nostro *humus* giuridico, ha finito con l'immobilizzarsi e con lo sclerotizzarsi, allontanandosi progressivamente dalla realtà e dai suoi cambiamenti e, quindi, dalla storia. Sedimentando, ed assurgendo a dogma, esso è andato «a costituire una metarealtà, un'entità metastorica che si [è] assolutizza[ta] e [è] diventa[ta] oggetto di credenza più che di conoscenza» ⁽²³⁾ e che non è stata più in grado di rispondere alle diverse esigenze emerse con il passare del tempo (si pensi, per tutti, al dilagare della criminalità economica ed organizzata su scala transnazionale), né di dialogare con le nuove istanze politico-criminali che si sono manifestate ⁽²⁴⁾.

Se si immagina il «*societas*» come il più solido dei palazzi in cemento armato e la realtà (in continuo divenire) ad esso circostante su cui poggia le fondamenta come una terra percorsa da un'onda sismica continua, si deve convenire che all'aumentare esponenziale delle oscillazioni della terra questo ha incontrato il suo punto di resistenza oltre il quale non poteva andare ed è logicamente crollato.

Il tema della opportunità di superare il principio della non punibilità degli enti così come ora lo si è ridefinito su questi diversi presupposti può, allora, essere ricondotto nell'alveo di quella categoria di problemi che Hassemer e Stella hanno icasticamente definito con il sintagma «*problemi della modernità*» ⁽²⁵⁾.

⁽²²⁾ Sul punto si vedano le osservazioni di CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*, cit., 27 ss.

⁽²³⁾ Così GROSSI, *Mitologie giuridiche*, cit., 46. Evidenzia la caduta di relazione tra diritto e realtà dovuto alla «mitologia giuridica» anche VINCENTI, *L'universo dei giuristi, legislatori, giudici. Contro la mitologia giuridica*, Padova, 2003, 132.

⁽²⁴⁾ Già nei primi anni Settanta MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971, 173 s. evidenziava la necessità per il diritto penale di dialogare con la realtà per non distaccarsi da essa. Più precisamente, l'illustre Autore affermava che il categorico *non potest* nei confronti della responsabilità degli enti, fondato su un concetto «ontico» di azione, forse scandito «solo da coloro che scambiano per limite logico, e per una verità eterna e intangibile, il mero prodotto concettuale estratto dalle norme del diritto positivo, vigente *hic et nunc*».

⁽²⁵⁾ Così HASSEMER, *Produktverantwortung im modern Strafrecht*, Heidelberg, 1996, *passim*, nonché STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 5.

Esso non rientra, infatti, nel «nucleo essenziale delle *costanti*» del diritto penale, ovverosia in quell'insieme di comportamenti che costituiscono, storicamente, l'ossatura dei sistemi penali di ogni tempo, quelli che «resistono» alle mutevoli scelte dei singoli legislatori ed alle continue variazioni del tessuto sociale, politico, economico e culturale di cui è composta una comunità organizzata in divenire ⁽²⁶⁾.

Il problema della responsabilità delle persone giuridiche rappresenta, altresì, una delle *variabili criminali* del diritto penale, essendo uno di quei temi, alla pari delle manipolazioni genetiche, dell'inquinamento ambientale, della criminalità informatica e di «tutti gli altri fenomeni riconducibili alla «crisi» mondiale della civilizzazione tecnico-scientifica» ⁽²⁷⁾, che emergono solo in un determinato momento storico in relazione al particolare grado di sviluppo del sistema politico, sociale, culturale, economico e tecnologico-scientifico.

2. – Come tutti i *problemi della modernità*, che originano in settori «altri» rispetto al diritto, ma che dal diritto devono essere regolati, anche quello della ricerca di una valida strategia di contrasto alla criminalità degli enti si è riverberato sulla scienza giuridica, imponendole di interrogarsi sul se ed in che modo essa potesse contribuire alla sua soluzione. Il diritto, infatti, non può e non deve perdere contatto dalla realtà restando immobilizzato nei propri schemi e nei propri principi ⁽²⁸⁾, ma deve altresì necessariamente adeguarsi ad essa per non creare ingiustificate aree di illiceità tollerata sebbene intollerabile ⁽²⁹⁾.

L'impossibilità di reperire nel tessuto normativo vigente (da sempre, come detto, ispirato al principio della non responsabilità degli enti) una risposta immediata a tale questione ha determinato l'aprirsi nel nostro ordi-

⁽²⁶⁾ Così MANTOVANI, *Il problema della criminalità*, Padova, 1984, 56, cui si rinvia per una più approfondita distinzione tra le categorie delle «costanti» e delle «variabili» criminali; più sinteticamente si veda dello stesso Autore *Diritto penale. Parte generale*, cit., 5 ss.

⁽²⁷⁾ Così STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 4.

⁽²⁸⁾ Parte da considerazioni simili anche STRATENWERTH, *Zukunftssicherung mit dem Mitteln des Strafrechts?*, in *ZStW*, 1993, 679 s., sebbene approdi alla conclusione non condivisibile della necessità di ricorrere ad un «diritto penale del comportamento». Per delle precise critiche nei confronti di queste posizioni si veda STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 420 ss.

⁽²⁹⁾ Sui rapporti tra economia e diritto penale nell'età postmoderna si vedano le osservazioni di CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*, cit., 3 ss. e 161 ss. Rileva la storicità delle scelte politico-criminali nell'ambito del diritto penale dell'economia e la conseguente necessità di adeguarle alla mutevolezza del sistema economico, PATALANO, *Beni costituzionali e tutela penale degli interessi economici*, in *Studi in onore di Giuliano Vassalli. Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale 1945-1990*, a cura di BASSIUNI-LATAGLIATA-STILE, I, Milano, 1991, 636.

namento giuridico di una lacuna di diritto, più precisamente di una «lacuna di diritto di secondo grado» o «derivata», di un vuoto di disciplina cioè che non rappresenta espressione di una deliberata tecnica frammentaria di tutela normativa, ma emerge solo *a posteriori* «in seguito al verificarsi di nuovi fenomeni economici o di progressi tecnici che fanno sorgere nuove questioni di diritto» ⁽³⁰⁾.

Non sempre queste lacune, questi «spazi giuridicamente neutri» ⁽³¹⁾, possono essere integrati dal giudice per via interpretativa attraverso il ricorso al procedimento analogico, all'*argumentum a simili*, soprattutto, chiaramente, quando si cerca la risposta nell'ambito del diritto penale (come si sarebbe dovuto fare nel caso di specie, una volta accertati i molteplici fattori politico-criminali e criminologici che imponevano l'introduzione di una responsabilità penale degli enti e l'inefficacia delle altre possibili risposte sanzionatorie ⁽³²⁾).

Ragionando diversamente ed attribuendo al giudice il compito di eliminare tali incompletezze, gli si attribuirebbe il potere di operare *praeter legem, supplendi causa*, e di sostituirsi al legislatore violando due dei principi fondamentali dello Stato di diritto: la separazione dei poteri e la riserva di legge (con il suo corollario del divieto di applicazione analogica) in materia penale ⁽³³⁾. Gli si riconoscerebbe, infatti, la possibilità di non limitarsi a svolgere un ruolo ricognitivo del significato del precetto normativo e delle scelte del legislatore, bensì di esercitare un inammissibile ruolo «costitutivo del diritto nel momento della concretizzazione giudiziale della legge» ⁽³⁴⁾.

L'emergere di una simile incolmabile lacuna contribuisce, peraltro, ad

⁽³⁰⁾ In argomento si rinvia al fondamentale lavoro di ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 4 Auflage, Stuttgart, 1968, trad. it., a cura di BARATTA, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, 217 ss.; sulla nozione di lacuna di diritto si veda GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, 421 ss. dove si afferma che «qualunque nozione di norma si preferisca adottare, si può convenire che il sistema giuridico presenti una lacuna ogniqualvolta un caso concreto non possa essere risolto in alcun modo sulla base di norme preesistenti nel sistema».

⁽³¹⁾ Così ENGISCH, *Einführung*, cit., 230.

⁽³²⁾ Per una esaustiva ricognizione dei fattori interni di stampo politico-criminale e criminologico e di quelli esterni di tipo comparatistico, comunitario ed internazionale che inducono ad individuare nella responsabilità penale il modello di responsabilità più idoneo a contrastare la criminalità degli enti si rinvia al pregevole lavoro della DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., *passim*; nonché PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest. Riflessioni sul recente (contrastato) superamento di un dogma*, cit., 1090 ss.; ID., *Societas delinquere et puniri potest: la fine tardiva di un dogma*, cit., 576 ss.; a tal proposito anche AMARELLI, «Crisi» del diritto penale societario, cit., 189 ss.

⁽³³⁾ Su questi temi v. l'ampia trattazione manualistica di MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Milano, 2001, 166 ss.

⁽³⁴⁾ BARATTA, *Presentazione* di ENGISCH, *Einführung*, cit., VIII.

intaccare il dogma di Stammler della completezza dell'ordinamento giuridico, in base al quale «deve essere possibile una risposta giuridica ad ogni questione giuridica» ⁽³⁵⁾: il nostro sistema penale, infatti, per come si presentava fino all'8 giugno del 2001, data di emanazione del d. lgs. n. 231 che ha introdotto la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche ⁽³⁶⁾, non consentiva in alcun modo di annoverare tra i destinatari dell'esercizio dello *ius puniendi* statale gli enti collettivi, se non indirettamente attraverso la (inefficace) distrazione teleologica emersa nella prassi giudiziaria dell'istituto giuridico del civilmente obbligato descritto dall'art. 197 c.p. (era invalsa in giurisprudenza la tendenza di commisurare l'entità della sanzione da infliggere all'autore di un reato commesso nell'interesse della società commerciale in base alla capacità economica di quest'ultima, nella convinzione che, di fatto, attraverso l'istituto del civilmente obbligato di cui all'art. 197 c.p., fosse proprio questa e non l'autore materiale del fatto ad accollarsene il pagamento, con buona pace del principio di personalità della responsabilità penale e della certezza del diritto ⁽³⁷⁾).

La sola strada percorribile al fine di superare il «mito giuridico» del «*societas*», di integrare questa «lacuna derivata» del sistema normativo attraverso il diritto, di legittimare l'inflizione di una sanzione nei confronti delle

⁽³⁵⁾ Sul punto ampiamente ENGISCH, *Einführung*, cit., 254.

⁽³⁶⁾ DE FARIA COSTA, *Contributo per una legittimazione della responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1245 ss.; ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2002, 25, che osserva in maniera pregnante che la disciplina in parola costituisce una delle più importanti e profonde innovazioni del nostro sistema sanzionatorio, con essa infatti «si apporta un mutamento al *paradigma sanzionatorio*; meglio, si introduce nel sistema un nuovo *paradigma sanzionatorio*, segnando una svolta radicale (...) con una tradizione, culturale ancor prima che dottrinale, che considerava la persona fisica quale unico destinatario della sanzione *punitiva*»; in tal senso anche FORTI, *Sulla definizione della colpa nel progetto di riforma del codice penale*, in *Jus*, 2001, 185, il quale osserva che l'introduzione della responsabilità degli enti è una novità rivoluzionaria che «di fatto ha assestato lo scossone più poderoso all'immobilismo in cui si è cullato l'ordinamento giuridico-penale italiano dal Codice Rocco in avanti»; nonché in un recente contributo MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in questa *Rivista*, 2002, 502, il quale afferma che con il d. lgs. n. 231/2001 si è realizzata una «rivoluzione copernicana nell'ambito proprio degli stilemi del diritto penale o, se si preferisce, del diritto punitivo o del diritto penale-amministrativo». Infine, dello stesso avviso, sebbene con qualche fondata riserva riguardo alla reale effettività di questa riforma, è DONINI, *Un nuovo medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, in *Cass. pen.*, 2003, n. 511.1, 1814.

⁽³⁷⁾ Per delle considerazioni sull'inefficacia dell'istituto del civilmente obbligato previsto dall'art. 197 c.p. si rinvia per tutti a PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, 109; M. ROMANO, *Reati in generale. Sanzioni civili. Art. 197*, in ROMANO-GRASSO-PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 1994, 340 ss.; FIORE, *Irriducibilità e limiti del principio «societas delinquere non potest»*, cit., 21 ss.

persone giuridiche, nonché di farle diventare le nuove protagoniste del *theatrum poenale*, era quindi quella legislativa, in quanto esclusivamente il legislatore, in qualità di unico soggetto costituzionalmente legittimato *ex art. 25, comma 2, Cost.*, poteva (*recte*: doveva) fornire una risposta a questa domanda ⁽³⁸⁾.

Tra le risposte normative possibili davanti a tale domanda di pena proveniente dai consociati della «società del rischio» ⁽³⁹⁾, quella più semplice e scontata, in una proiezione esasperatamente funzionalistica fondata su scelte politico-criminali ispirate unicamente da considerazioni general-preventive e dalle aspettative della collettività ⁽⁴⁰⁾ (e nella prospettiva della prossima «elaborazione – dinanzi alla minaccia mortale per la vita sulla terra rappresentata dal progresso tecnico-scientifico – di un nuovo diritto penale, costituito da norme comportamentali riferite al futuro, completamente sganciate dal danno e anche dal pericolo di danno» ⁽⁴¹⁾), era l'introduzione di una responsabilità penale vera e propria delle persone giuridiche ⁽⁴²⁾.

La complessità del tema e, più in generale di tutti i problemi della modernità, non si esaurisce, però, nella ovvia necessità di trovare una soluzione appagante ed efficace solo apparentemente *razionale rispetto allo scopo*, facendo prevalere esclusivamente la logica del risultato ⁽⁴³⁾; implica anche l'ulteriore e consequenziale (e mai secondario) bisogno di valutare l'impatto di questa soluzione sulla tenuta dei principi cardine dell'ordinamento giuridico per come sono cristallizzati nello statuto di valori della nostra Costituzione, in particolare, nell'ipotesi in esame, di quei due principi della personalità della responsabilità penale e del finalismo rieducativo della pena sanciti nel comma 1 e 3 dell'art. 27 Cost. da sempre ritenuti (dalla dottri-

⁽³⁸⁾ Come rileva GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., 422, «per colmare una lacuna, occorre integrare o completare il sistema giuridico, producendo una norma nuova».

⁽³⁹⁾ Sulla nozione di «società del rischio» vedi BECK, *La società del rischio*, Roma, 2000, trad. it., a cura di PRIVITERA.

⁽⁴⁰⁾ Per approfondimenti sul punto si rinvia a JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeine Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 1991, *passim*; LUHMANN, *Sociologia del diritto*, trad. it., 1977, *passim*.

⁽⁴¹⁾ Così STRATENWERTH, *Zukunftssicherung*, cit., 692.

⁽⁴²⁾ Per un'analisi degli effetti negativi che una scelta funzionalistica può produrre sui preesistenti principi fondamentali del diritto penale si vedano le puntuali osservazioni di HASSEMER in tema di responsabilità da prodotto in HASSEMER, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, cit., 65 ss.; in proposito si veda anche MARRA, *Legalità ed effettività delle norme penali. La responsabilità dell'amministratore di fatto*, Torino, 2002, 241.

⁽⁴³⁾ Sullo scivolamento delle tecniche penalistiche di tutela verso una prospettiva teleologica-funzionalistica, con conseguente pregiudizio dei principi del *Kernstrafrecht* (con particolare riferimento alla legislazione premiale) si vedano le considerazioni di MAIELLO, *Fuga dalla sanzione e postmodernità penalistica*, in MOCCIA (a cura di), *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, Napoli, 1998, 126 s.

na unanime ⁽⁴⁴⁾) «un ostacolo insormontabile» ⁽⁴⁵⁾ per qualsiasi riforma di tal genere.

In un ordinamento che si riconosce nel modello dello «Stato costituzionale di diritto» ⁽⁴⁶⁾, appare imprescindibile verificare se il principio introdotto con un nuovo provvedimento normativo, nonché la relativa disciplina ad esso ispirata, siano compatibili con i principi e i valori in precedenza scolpiti nella Carta Costituzionale.

L'effettività, la general-prevenzione (peraltro negativa) e l'appagamento delle domande della collettività non devono essere, infatti, gli unici formanti delle opzioni politico-criminali del legislatore se non si vuole cedere il passo ad una tecnica legislativa che, da un lato, risolve il problema specifico che la singola norma ha ad oggetto e, dall'altro, produce nell'ordinamento giuridico preesistente delle aporie insanabili o, per dirla con Engisch, delle c.d. «antinomie di principi secondarie» ⁽⁴⁷⁾.

In altre parole, si vuole dire che rispetto agli eventuali benefici che, in seguito all'introduzione di una responsabilità penale delle persone giuridiche potrebbero derivare alle strategie di contrasto della criminalità d'impresa, potrebbero contrapporsi nell'ambito del sistema di diritto penale effetti negativi indiretti ben maggiori. In particolare, quelli che si verrebbero a produrre a causa dell'incrinatura che subirebbe uno dei suoi fondamentali principi di garanzia ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁴⁾ Come già detto in precedenza lo stesso Bricola dopo aver per primo rimesso in discussione il principio sottolineando il «costo» della sua immutabilità per il sistema giuridico e sociale, ritornò sui suoi passi rendendosi conto che i due principi costituzionali non consentivano in alcun modo di infliggere una sanzione penale, sia anche una misura di sicurezza invece di una pena, nei confronti degli enti collettivi. Cfr. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, cit., 73 ss.

⁽⁴⁵⁾ M. ROMANO, *Societas delinquere non potest*. In ricordo di Franco Bricola, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1035 ss. A tal proposito PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano*, in *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di Palazzo, Padova, 2003, 22, rileva invece che l'adozione di «un modello razionalistico-pragmatico, in luogo di uno etico-sociale» da parte del legislatore consente di superare il baluardo costituzionale della personalità delle responsabilità e di evitare la «crisi di identità» del diritto penale sotto il profilo costituzionale.

⁽⁴⁶⁾ Sul punto FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, 2001, 33 ss.; MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d. lgs. n. 231/2001: una «truffa delle etichette» davvero innocua?*, in questa *Rivista*, 2002, 881.

⁽⁴⁷⁾ Sul tema delle antinomie di principi si veda ancora ENGISCH, *Einführung*, cit., 267 ss.

⁽⁴⁸⁾ Dello stesso avviso è GARGANI, *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati?*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1068, sebbene egli guardi prevalentemente ai risvolti patologici che la disciplina contenuta nel decreto legislativo produce sul principio di personalità della responsabilità penale visto dalla prospettiva delle persone fisiche autrici materiali dei reati imputabili agli enti. L'Autore avverte, infatti, che «ag-

La soluzione preferibile del problema della tutela sanzionatoria nei confronti della criminalità delle persone giuridiche avrebbe dovuto tenere conto delle ragioni che hanno finora fondato il *societas puniri non potest*, e ciò prima ancora di esaminare quelle istanze politico-criminali e criminologiche che, unitamente agli *input* di provenienza internazionale, hanno contribuito a metterlo in crisi ⁽⁴⁹⁾. Da ultimo, l'eventuale scelta dello strumento penalistico di tutela avrebbe dovuto soggiacere ai criteri «della meritevolezza di pena e del bisogno di pena» ⁽⁵⁰⁾. Solo ove si fosse accertato, nella piena e consapevole attuazione dell'*extrema ratio*, che si trattava di situazioni *bisognose di pena* e che, pertanto, la risposta maggiormente idonea avrebbe dovuto considerarsi un sistema di tutela *stricto sensu* penale, sarebbe stato necessario vagliare la compatibilità di questa scelta con i principi sanciti nella nostra Costituzione dal 1 e 3 comma dell'art. 27.

Per come sono andate le cose, invece, deve prendersi atto che il legisla-

giungere il nuovo senza adeguare l'esistente significa procrastinare la risoluzione dei nodi, aggravando i problemi applicativi: senza la revisione e la razionalizzazione del quadro generale (...) l'illecito collettivo rischia di rivelarsi una sovrastruttura disarmonica nei confronti del sistema, oltre che disfunzionale rispetto ai principi di proporzione e di sussidiarietà.

⁽⁴⁹⁾ Per una ampia analisi di tipo comparatistico si rinvia a VERVAELE, *La responsabilità penale della persona giuridica nei Paesi Bassi. Storia e sviluppi recenti*, in CADOPPI, a cura di, *Verso un codice penale modello per l'Europa. Offensività e colpevolezza*, Padova, 2002, 3 ss.; WELLS, *La responsabilità delle persone giuridiche*, ivi, 41 ss.; DE MAGLIE, *Verso un codice penale europeo: la responsabilità penale delle persone giuridiche*, ibidem, 55 ss.; nonché della stessa Autrice il già citato *L'etica e il mercato*, 12 ss.; FORNASARI, *Introduzione ai sistemi penali europei*, in INSOLERA-MAZZACUVA-PAVARINI-ZANOTTI, a cura di, *Introduzione al sistema penale*, I, Torino, 2001, 68 s. Da ultimo si vedano anche nel recente volume *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., i contributi di ARROYO ZAPATERO, *Persone giuridiche e responsabilità penale in Spagna*, 179 ss.; DUCOULOUX-FAVARD, *Un primo tentativo di comparazione della responsabilità penale delle persone giuridiche francesi con la cosiddetta responsabilità amministrativa delle persone giuridiche italiana*, 89 ss.; PRADEL, *La responsabilité des personnes morales en France*, 71 ss.; VERVAELE, *La responsabilità penale della persona giuridica nei Paesi Bassi. Storia e sviluppi recenti*, 135 ss.; VOLK, *La responsabilità penale degli enti collettivi nell'ordinamento tedesco*, 189 ss.; WELLS, *Corporate Criminal Liability in England and Wales*, 109 ss.

⁽⁵⁰⁾ Sui concetti di «meritevolezza di pena» e «bisogno di pena» si veda per tutti il chiaro ed illuminante contributo di M. ROMANO, «Meritevolezza di pena», «bisogno di pena» e teoria del reato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 51, nel quale l'A., al termine della sua indagine, approda alla conclusione che la «meritevolezza» ed il «bisogno di pena» non sono il «quarto gradino» della teoria del reato, dopo tipicità, antigiuridicità e colpevolezza, bensì la connotazione autentica dell'illecito penale. Come tali sono al tempo stesso *criteri di interpretazione e di verifica della legittimazione dei tipi di reato* dei sistemi penali esistenti e *categorie euristiche di politica criminale*, di essenziale ausilio nella creazione legislativa di nuove fattispecie. In argomento si veda anche MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 516 ss., i quali mettono in evidenza che la «meritevolezza di pena» è solo un presupposto necessario, ma non sufficiente a legittimare il ricorso alla sanzione penale, in quanto ad orientare definitivamente la scelta del legislatore in tal senso deve essere l'accertamento ulteriore della sussistenza di un effettivo «bisogno di pena».

tore non ha seguito nessuna delle due possibili strade orientate verso una prospettiva di razionalità: né quella ispirata allo scopo di soddisfare la domanda sociale di pena per i reati riconducibili agli enti, né tanto meno quella basata su uno studio approfondito ed equilibrato del problema ed attenta al rispetto dei principi e dei valori costituzionali.

L'argomento della responsabilità degli enti – che per due secoli è stato vissuto dalla dottrina largamente maggioritaria nella rassegnata assuefazione della sua dimensione «tabuistica», al punto tale da non meritare particolare attenzione ⁽⁵¹⁾ – è stato affrontato, infatti, con la disinvoltura propria dei temi concettualmente aporetici, come dimostrano i tempi stretti della sua gestazione legislativa.

La ragione risiede, probabilmente, nel fatto che la legge delega ed il relativo decreto legislativo ora in esame sono stati invero dei provvedimenti normativi «dovuti ed improcrastinabili» ⁽⁵²⁾, frutto della ratifica obbligata di una serie di protocolli e convenzioni comunitarie ed internazionali (la Convenzione P.I.F. del 26 maggio 1997 sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità Europee e la Convenzione O.C.S.E. del 17 dicembre 1997 sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali) ⁽⁵³⁾, dettati cioè prevalentemente dall'esigenza del nostro Paese di rimanere al passo con gli altri Stati firmatari, che già da tempo avevano dato attuazione a tali accordi prevedendo una forma di responsabilità diretta *ex crimine* degli enti ⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵¹⁾ Cfr. DE SIMONE, *I profili sostanziali*, cit., 58 s., il quale osserva che «con il d. lgs. si è compiuta una svolta che non può non dirsi epocale: "l'archeologico" e "costoso" principio *societas delinquere non potest* è stato definitivamente relegato, anche nel nostro sistema giuridico, tra i ferri vecchi del diritto penale».

⁽⁵²⁾ Così *Relazione al decreto legislativo*, in *Guida al dir.*, 2001, n. 26, 31.

⁽⁵³⁾ Dello stesso avviso è MARRA, *Note a margine dell'art. 6 DDL N. 3915-S contenente una «Delega al Governo per la disciplina della responsabilità delle persone giuridiche»*, in *Ind. pen.*, 2000, 828, il quale osserva che l'ordinamento italiano ha preso la decisione di superare il dogma *societas delinquere non potest* facendosi scudo dell'obbligo di recepire importanti convenzioni internazionali. In argomento si vedano DE SIMONE, *La responsabilità penale dell'imprenditore e degli enti collettivi nel Corpus Juris*, in PICOTTI (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione Europea*, Milano, 1999, 188; SELVAGGI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche: un dibattito europeo*, in *Cass. pen.*, 1999, 1336 ss., n. 1366.2; DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., 237 s.; M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, 395 ss., il quale sottolinea che «è in questo comprensibile affermarsi di un modello sanzionatorio europeo predisposto a colpire direttamente le imprese, che matura, mi verrebbe di dire "monta", soprattutto negli ultimi anni, la domanda sempre più frequente dell'introduzione di una responsabilità penale degli enti anche negli ordinamenti nazionali»; FONTANELLA, *Corruzione e superamento del principio societas delinquere non potest nel quadro internazionale*, in *Dir. comm. int.*, 2000, 946 s.; nonché il nostro *La responsabilità delle persone giuridiche e la repressione della criminalità organizzata transnazionale*, in *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, a cura di Patalano, Torino, 2003, 32 ss.

⁽⁵⁴⁾ Sull'emergente tendenza del diritto penale ad allinearsi al diritto comunitario ed alle

Proprio l'urgenza e la necessità di adeguarsi alle indicazioni provenienti dall'Unione europea e dagli accordi internazionali, unite al carattere scontato dell'approvazione delle leggi di ratifica di questo tipo di Convenzioni ed al conseguente mancato approfondimento dei molti problemi di compatibilità con i principi dei sistemi degli Stati nazionali, che quegli adeguamenti spesso comportano, hanno fatto sì che tale riforma che ha stravolto uno dei capisaldi del nostro ordinamento giuridico sia passata quasi inosservata.

Nel giudizio di bilanciamento tra l'interesse di natura sovranazionale all'immediata responsabilizzazione delle persone giuridiche, anche a costo di introdurre delle aporie nell'ordinamento giuridico italiano e quello contrapposto al mantenimento dell'armonia interna di quest'ultimo attraverso un articolato sistema di modifiche legislative (anche di rango costituzionale), è stato dunque ritenuto prevalente il primo, avallando la deprecabile tendenza imposta dal processo di internazionalizzazione e globalizzazione del diritto penale ad obliterare «i connotati dello *ius puniendi* propri dello Stato di diritto»⁽⁵⁵⁾ ed a relativizzare ed allentare le regole della imputazione e le garanzie politico-criminali.

Cosicché si può dire che il legislatore sia stato praticamente «costretto» ad introdurre in un breve lasso di tempo una forma di corresponsabilizzazione delle persone giuridiche e che la scelta tra le due alternative offerte ai legislatori nazionali dall'art. 3 della Convenzione O.C.S.E. – sanzione penale o altra sanzione non penale ma egualmente efficace, proporzionata e dissuasiva⁽⁵⁶⁾ – sia ricaduta poi sul modello di responsabilità (nominalmente) amministrativa, giudicato meno «appariscente», nonché più adatto a garantire un passaggio poco traumatico dalla disciplina da sempre saldamente ancorata al principio dell'assoluta impunità degli enti, ad una che per la prima volta ha derogato ad esso⁽⁵⁷⁾.

convenzioni internazionali si veda MANACORDA, *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, in *Foro it.*, 1995, 55 ss. Cfr. DE VITA, *Il «legislatore senza qualità». La legislazione penale di fine millennio ed il nuovo sistema sanzionatorio «penale»*, in *La riforma continua. Atti del convegno*, Napoli, 2001, 128 ss., il quale osserva che è ormai una caratteristica comune a quasi tutte le riforme della legislazione penale quella di aver origine dall'attuazione di direttive comunitarie; ampiamente sul tema dei rapporti tra legislazione interna e fonti comunitarie si veda MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., 61 ss.

⁽⁵⁵⁾ Così MANACORDA, *L'armonizzazione dei sistemi penali: una introduzione*, nel volume collettaneo, *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale*, Milano, 2000, 56.

⁽⁵⁶⁾ Sul punto cfr. PIERGALLINI, *Societas delinquere*, cit., 1095; M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa*, cit., 397, il quale ricorda come le Convenzioni non vincolavano in alcun modo i singoli Stati membri sulla natura della responsabilità; MANACORDA, *Corruzione internazionale e tutela degli interessi comunitari*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 415 ss.

⁽⁵⁷⁾ Per un primo breve commento a caldo sulla riforma si rinvia a MUSCO, *Le imprese a*

3. – Nonostante la celerità impostale la riforma ha avuto una gestazione molto travagliata⁽⁵⁸⁾: ma non per il fatto che, come a rigor di logica si sarebbe portati a pensare, al momento della redazione del decreto si è fatto fatica a raggiungere un accordo su complesse questioni di natura politico-criminale, dogmatica e sistematica relative ad esempio alla effettiva necessità dell'introduzione di una responsabilità degli enti, o agli sforzi di superamento degli ostacoli costituzionali da sempre giudicati insormontabili, od ancora alla natura di questo tipo di responsabilità ed alla collocazione da attribuire agli illeciti da cui essa dipende⁽⁵⁹⁾. Tutt'altro. Il fatto è che si è dovuto ri-

scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e interdizioni, in *Dir. giust.*, 2001, 8; SFAMENI, *La società non potrà più «mascherare» i reati commessi nel suo interesse*, in *Dir. giust.*, 2001, 8-9; GALLI, *Con la responsabilità delle società nuova causa di esclusione dalle gare*, in *Il Sole*, 24 ore. Edilizia e territorio, n. 28, 2001, 31 ss.; CAMARDA, *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica*, in *Appalti e fisco*, n. 7, 2001, 24 ss.; nonché FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 146. Per altri commenti più analitici ed approfonditi sul decreto legislativo in esame vd. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo*, cit., 1126 ss.; DE MAGLIE, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1348 ss.; PIERGALLINI, *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, ivi, 1353 ss.; PALIERO, *Il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. giur.*, 2001, 845 ss.; GENNAI-TRAVERSI, *La responsabilità degli enti*, Milano, 2001, *passim*; AA.VV., *Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di GARUTI, Padova, 2002, *passim*; GARGANI, *Imputazione del reato agli enti collettivi*, cit., 1061 ss.; PELISSERO-FIDELBO, *La «nuova» responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Leg. pen.*, 2002, 575 ss.; PASCULLI, *Questioni insolute ed eccessi di delega nel D. L.vo N. 231/01*, in *Riv. pen.*, 2002, 739 ss.; PULITANÒ, *La responsabilità «da reato» degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 415 ss.; nonché dello stesso Autore, *Responsabilità amministrativa dipendente da reato delle persone giuridiche*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, 2002, 953 ss.; ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, cit., 25 ss.; PATRONO, *Verso la soggettività penale di società ed enti*, in questa *Rivista*, 2002, 183 ss.; GUERNELLI, *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto penale-amministrativo interno dopo il d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231, (Prima parte e seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2002, 281 ss. e 425 ss. Da ultimo si vedano i recenti contributi di MARINUCCI, *«Societas puniri potest»; uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1193 ss.; DE MAGLIE, *In difesa della responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Leg. pen.*, 2003, 349 ss.; PELISSERO, *La responsabilizzazione degli enti alla ricerca di un difficile equilibrio tra modelli «punitivi» e prospettive di efficienza*, ivi, 363 ss.; G. DE FRANCESCO, *La responsabilità della societas: un crocevia di problematiche per un nuovo «modello» repressivo*, ivi, 372 ss.; CALDARONE, *La responsabilità degli enti nei paesi aderenti all'O.C.S.E.*, in *Cass. pen.*, 2003, 57 ss.; GILIOLI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche negli Stati Uniti: pene pecuniarie e modelli di organizzazione e di gestione («compliance programs»)*, ivi, 47 ss.; GRANATA, *I codici di comportamento redatti dalle Associazioni rappresentative degli enti. L'esperienza dell'Associazione Bancaria Italiana*, ivi, 93 ss.; LATTANZI, *Introduzione*, ivi, 1 ss.; MARZIALE, *I riflessi della condanna sui rapporti sociali*, ivi, 143 ss.; PULITANÒ, *La responsabilità «da reato» degli enti nell'ordinamento italiano*, 7 ss.; RORDORF, *La normativa sui modelli di organizzazione dell'ente*, ivi, 79 ss.; STORTONI, *I reati per i quali è prevista la responsabilità degli enti*, ivi, 67 ss.

⁽⁵⁸⁾ In tal senso PIERGALLINI, *Sistema sanzionatorio*, cit., 1356.

⁽⁵⁹⁾ Lucide osservazioni sulle tecniche di redazione delle norme in GUASTINI, *Redazione*

cercare, in sede politica, un punto di equilibrio tra i vari interessi coinvolti nella disciplina normativa che stava per emanarsi ⁽⁶⁰⁾, confondendo, fino a sovrapporle, «scelte eminentemente politiche e scelte tecniche di redazione legislativa, che dovrebbero invece rimanere nella spettanza di soggetti diversi» ⁽⁶¹⁾.

Si può, allora, affermare che il d. lgs. n. 231/2001 rappresenta un esempio paradigmatico di quelle che Amelung definiva *Kompromißgesetze* (*leggi compromesso*) ⁽⁶²⁾, leggi, cioè, che sono l'esito di un complesso bilanciamento tra gli interessi politico-criminali della collettività di cui si fa portatore (*recte*: si dovrebbe far portatore) il legislatore e i contrapposti interessi particolari di cui sono portatori ristretti gruppi esponenziali ⁽⁶³⁾. Costituisce l'ennesima conferma, una volta di più, che nell'attuale periodo storico «la figura del Grande Legislatore, onnipotente e razionale, dell'Ottocento [sta cedendo il posto] al confronto intricato e spesso obliquo, che non di rado diviene addirittura scontro, tra le *lobbies*, rispetto a cui gli organi parlamentari hanno soltanto una funzione di approvazione o di rigetto» ⁽⁶⁴⁾.

In particolare, nel suo processo di formazione questa normativa è stata condizionata nelle scelte di criminalizzazione da quella tipologia di gruppi esponenziali ed «attori del consenso sociale» costituita dalle «lobbies economiche» ⁽⁶⁵⁾. Questi gruppi di potere economico, che si eleggono ad interlo-

e interpretazione dei documenti legislativi, in BARTOLE, *Lezioni di tecnica legislativa*, Padova, 1988, il quale rileva come sempre più frequentemente il legislatore, anziché ponderare attentamente ogni sua scelta allo scopo di ben legiferare, ricorra ad una tecnica di normazione intenzionalmente ambigua e compromissoria, determinando così un inaccettabile spostamento dei poteri normativi dagli organi legislativi a ciò preposti a quelli interpretativi e giurisdizionali.

⁽⁶⁰⁾ Una situazione del genere conferma viepiù quanto sostiene da tempo NAUCKE, *Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung*, Karlsruhe, 1975, 17 ss., ovvero che il diritto penale rischia di trasformarsi da strumento giuridico di tutela di beni giuridici, in strumento di governo, soggetto ad eventuali e contingenti strumentalizzazioni politiche. Nello stesso senso si esprime MAZZACUVA, *Il futuro del diritto penale*, in *Critica del diritto*, 1999, 124, il quale rileva che lo strumento penale è sempre più «un mezzo per il raggiungimento del fine», nel senso che esso non ha più un'indipendenza teorica, bensì dipende dalla politica, o forse, ancora a più a monte, dalle classi dirigenti che muovono indirettamente quest'ultima.

⁽⁶¹⁾ Così VIOLA-ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari, 1999, 150.

⁽⁶²⁾ AMELUNG, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, in *ZStW*, 1980, 47 ss.

⁽⁶³⁾ In tal senso PALIERO, *La responsabilità sanzionatoria delle persone giuridiche: il «tertium genus» tra il sistema amministrativo e il sistema penale*, relazione inedita tenuta al convegno su «Nuove questioni in materia di adeguamento del diritto penale italiano al diritto europeo», Catania, 1-2.6.2001. Per una puntuale definizione di tale tipo di legislazione penale simbolica si veda dello stesso Autore, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 539.

⁽⁶⁴⁾ Così VIOLA-ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., 150.

⁽⁶⁵⁾ Per un approfondimento delle dinamiche dei rapporti tra consenso sociale e processi

cutori privilegiati dello Stato nei processi di criminalizzazione riguardanti comportamenti connessi all'esercizio delle loro attività, si prefiggono lo scopo di influenzare a proprio vantaggio le decisioni legislative, «intervendendo nel processo decisionale soltanto per condizionare l'offerta di pena, (...) quando l'opzione incriminatrice è già avvenuta» ⁽⁶⁶⁾.

«Agendo dunque *“in uscita”*, questo sotto-tipo di attore tende a manipolare *in itinere* i modelli normativi che si vanno formalizzando in attuazione di una scelta incriminatrice, per volgere (il più possibile) a proprio favore le scelte legislative finali. (...) L'azione di questi gruppi è allora volta ad ottenere una *disciplina penale gattopardesca*, che dia la sensazione che una serie di interessi della collettività non resteranno più sguarniti, ma che sia concepita in modo tale da conservare intatta la libertà d'azione dei componenti del gruppo» ⁽⁶⁷⁾.

In sede di attuazione della delega ⁽⁶⁸⁾, infatti, sulle scelte legislative si sono scaricati gli interessi economici delle società di medie e grandi dimensioni, come attesta il fatto che il legislatore ha rimodellato in senso fortemente restrittivo talune delle più significative innovazioni contenute nello schema del decreto legislativo tanto faticosamente presentato il 3 marzo 2001 ⁽⁶⁹⁾. Tale peculiare dinamica legislativa, in cui sono stati sacrificati gli interessi della collettività alla tutela dell'ambiente, dell'andamento dell'economia, dell'incolumità sul lavoro, del paesaggio ecc., a beneficio degli interessi fi-

di criminalizzazione si veda per tutti PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 850 ss.

⁽⁶⁶⁾ Così PALIERO, *op. ult. cit.*, 877.

⁽⁶⁷⁾ Così PALIERO, *op. ult. cit.*, 878.

⁽⁶⁸⁾ Questa scelta dell'Esecutivo di non rispettare la legge delega conferma la legittimità dei dubbi che hanno sollevato MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 50, sulla possibilità di includere i decreti legislativi tra le fonti del diritto penale. Sostengono i due A. che «le ineliminabili scelte politiche legislative lasciate alla discrezionalità dell'esecutivo dal meccanismo della delegazione legislativa rendono incompatibile con la *ratio* politica della riserva di legge in materia penale l'inclusione del decreto legislativo fra le fonti di norme penali ricomprese nel termine di legge di cui all'art. 25, comma 2, Cost.».

⁽⁶⁹⁾ Per un'accurata ricostruzione dell'iter del decreto legislativo ora in esame PIERGALLINI, *Sistema sanzionatorio*, cit., 1356, dove l'Autore osserva che «ad indagare più a fondo, non si fa fatica a scoprire come la scelta riveli un retroterra ideologico più complesso e, soprattutto, meno nobile. Lo schema di decreto legislativo, elaborato in larga parte da una Commissione ministeriale, fu varato (e diramato) dal Ministero della Giustizia nel marzo 2001, vale a dire alle porte della campagna elettorale. Il Consiglio dei Ministri ne rinviò tuttavia l'esame più volte, a causa delle resistenze manifestate dal Ministero dell'industria e, soprattutto, da Confindustria. Sta di fatto che dal testo approvato nella seduta del 2 maggio 2001 furono espunti i reati in materia di tutela dell'ambiente e del territorio, quelli legati all'infortunistica del lavoro, nonché la disciplina relativa agli effetti civili conseguenti alla responsabilità degli enti». In termini critici sulla mancata attuazione della delega in relazione al catalogo di reati da cui far dipendere la responsabilità delle persone giuridiche si esprime anche PULITANÒ, *La responsabilità «da reato» degli enti*, cit., 416.

nanziari di una ristretta oligarchia imprenditoriale, potrebbe (forse) costituire il sintomo della ripercussione sul diritto penale di quel fenomeno che già da tempo connota la politica legislativa nel ben diverso settore del diritto commerciale: il riaffermarsi della *lex mercatoria*, (*recte*: di una nuova *lex mercatoria*) «di un diritto cioè creato dal ceto imprenditoriale senza la mediazione del potere legislativo degli Stati»⁽⁷⁰⁾.

La portata innovativa della riforma ha subito, per effetto di questi fattori, un drastico ridimensionamento: dal catalogo dei reati dai quali far dipendere la responsabilità degli enti (già in origine lacunoso dal momento che non comprendeva il riciclaggio, i reati tributari e i reati societari) sono stati eliminati anche i reati in materia di ambiente, i reati in materia di infortuni sul lavoro, i reati in materia di edilizia ecc., ovverosia, tutti quei reati per i quali si era sentito maggiormente il bisogno di introdurre la responsabilità degli enti e per i quali già da lungo tempo essa è stata prevista nei Paesi di *common law* ⁽⁷¹⁾. Con il decreto legislativo (precisamente con la sezione III del capo I) si è data altresì attuazione alla sola lettera *a*) dell'art. 11 della l. n. 300/2000 (quella concernente unicamente i reati che formavano oggetto delle Convenzioni internazionali precedentemente ratificate) ⁽⁷²⁾, trascurando completamente le residue lettere *b*), *c*), *d*) ed ancorando la responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche alla commissione dei reati di frode (art. 24) concussione e corruzione (art. 25). Solo in un secondo momento, con una serie di recenti interventi normativi, è stata estesa rispettivamente ai reati di falsità in monete, in carte di pubblico credito e in valori da bollo con il d.l. 25.9.2001, n. 350, art. 6 che ha introdotto l'art. 25 *bis* ⁽⁷³⁾, ai reati societari con il d. lgs. 12.4.2002, n. 61 che ha introdotto l'art. 25 *ter* ⁽⁷⁴⁾, ai reati di terrorismo con la l. 27.1.2003, n. 7, che ha introdotto l'art. 25 *quater*, ai

⁽⁷⁰⁾ Così GALGANO, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, cit., 217, il quale rileva che questo fenomeno è caratteristico dell'era post-industriale in cui viviamo oggi, dell'era in cui cioè il numero degli addetti all'industria risulta inferiore al numero degli addetti ai servizi; di diverso avviso è IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, 28, il quale, in una prospettiva marcatamente giuspositivistica, disegna il mercato come «nulla di altro e di diverso da un dato regime di leggi». In argomento si vedano anche le considerazioni di MANACORDA, *L'armonizzazione dei sistemi penali*, cit., 55.

⁽⁷¹⁾ ALESSANDRI, *Riflessioni*, cit., 25.

⁽⁷²⁾ Si veda sul punto *La Relazione allo schema del decreto legislativo*, cit., 32.

⁽⁷³⁾ In argomento cfr. ALEMI, *Misure urgenti in vista dell'introduzione dell'euro: le disposizioni penali. Risvolti penalistici in materia di falso nummario*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 22 ss.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. sul punto PIERGALLINI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA-SEMINARA, Padova, 2002, 65 ss.; in argomento cfr. ZANNOTTI, *Il futuro del diritto penale societario nella bozza del decreto legislativo*, in *Dir. giust.*, 2002, n. 1, 16 ss.

delitti contro la personalità individuale con la l. 11.8.2003, n. 228 che ha introdotto l'art. 25 *quinquies* ⁽⁷⁵⁾.

A meno che non lo si interpreti, seguendo un suggestivo orientamento dottrinario, come «un'esemplare applicazione "sul campo" del principio di frammentarietà» ⁽⁷⁶⁾, il testo varato all'esito di questo contrastato *iter* legislativo risulta, quindi, ad un tempo deludente e paradossale.

Per rendersi conto è sufficiente costatare che, mentre, da un lato, è stata creata, con un notevole impegno ed un apprezzabile coraggio, una vera e propria «parte generale» di un autonomo sottosistema penale e processuale-penale molto sofisticata (per quanto molto discutibile sotto diversi aspetti) ⁽⁷⁷⁾; dall'altro, invece, è stata configurata una parte speciale a «formazione progressiva» ⁽⁷⁸⁾ costituita originariamente (ma ancora oggi) da un insieme di fattispecie dal quale far dipendere l'attivazione di questo sistema eccessivamente scarno e ridotto e dunque palesemente asimmetrico e sproporzionato rispetto alla prima ⁽⁷⁹⁾.

La sensazione che si percepisce è che ci si trovi dinanzi ad un'emblematica ipotesi di legislazione simbolica: rivoluzionaria all'apparenza, ineffettiva nella pratica ⁽⁸⁰⁾. Che si sia dato vita ad un apparato giuridico estrema-

⁽⁷⁵⁾ Continuano, però, a restarne fuori i reati «tipici» delle persone giuridiche come il riciclaggio, i reati ambientali ecc.

⁽⁷⁶⁾ Si esprime in tal senso DE VERO, *Struttura e natura giuridica*, cit., 1129, il quale osserva che in questa circostanza viene in evidenza «una sorta di *frammentarietà verticale* o, se si preferisce, di *secondo grado*», perché si tratta di verificare se le fattispecie già previste come reato in relazione ai comportamenti di determinati soggetti persone fisiche possano essere «clonate» ed estese anche alle persone giuridiche. Condivide la scelta minimalista anche M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa*, cit., 398.

⁽⁷⁷⁾ È il legislatore nella Relazione al decreto legislativo a parafrasare la terminologia penalistica, denominando «*parte speciale*» la sezione III del capo I del decreto.

⁽⁷⁸⁾ Tale scelta di costruire la Parte speciale non incentrandola sulla *Natur der Sache* ha comportato come conseguenza, peraltro prevedibile, l'aprirsi di discrasie tra le diverse fattispecie successivamente introdotte con gli altri interventi normativi ed i principi contenuti in quella che doveva essere nelle intenzioni del legislatore la Parte generale. Al riguardo utili osservazioni in PIERGALLINI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., 83 s., per quanto concerne le diverse espressioni usate per disciplinare la responsabilità degli enti per la commissione dei reati societari nel d. lgs. n. 61/2002 rispetto a quelle utilizzate nella legge delega n. 300/2001 e nel d. lgs. n. 231/2001. Per quanto concerne, invece, i reati di terrorismo e di criminalità organizzata, sia consentito di rinviare al mio *La responsabilità delle persone giuridiche*, cit., 46 ss.

⁽⁷⁹⁾ Sulla sproporzione tra Parte generale e Parte speciale cfr. DE SIMONE, *I profili sostanziali*, cit., 117 s. il quale rileva come «già ad un primo sguardo d'insieme, la c.d. parte speciale appaia assai circoscritta e sottodimensionata rispetto alla parte generale»; dello stesso avviso PIERGALLINI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., 69. Sulle possibili modalità di stesura della parte speciale che potevano essere seguite dal legislatore si vedano le considerazioni di DE SIMONE, *Persone giuridiche e diritto penale: i paradigmi di responsabilità ipotizzabili*, in CADOPPI, a cura di, *Verso un codice penale modello per l'Europa*, cit., 79 ss.

⁽⁸⁰⁾ In tal senso PIERGALLINI, *Societas delinquere*, cit., 1096. Di diverso avviso è DE MA-

mente complesso ed innovativo, destinato però a non avere alcuna *entelechia*, a non riuscire cioè a passare dalla potenza all'atto, come confermano i pochissimi casi giudiziari (dopo oltre due anni dall'entrata in vigore della disciplina) in cui si è discusso di tale responsabilità ⁽⁸¹⁾.

Questa opzione minimalista non trova inoltre conferme nel precedente operato del legislatore e rappresenta un'improvvisa inversione di rotta eseguita in corso d'opera dal Governo.

Secondo quanto si evince dal testo del primo schema di decreto legislativo del marzo del 2001 l'Esecutivo da principio sembrava, invero, fermamente orientato a dare completa attuazione alla legge delega su questo punto. La «parte speciale» approntata all'interno di tale schema ricalcava, infatti, in maniera puntuale tutte le scelte già espresse nella l. n. 300/2000 alle lettere *a)*, *b)*, *c)*, *d)* dell'art. 11, non disattendendone alcuna. La sua struttura si presentava, dunque, abbastanza articolata in quanto era suddivisa in ben sedici autonome fattispecie, di tal che la responsabilità delle persone giuridiche risultava connessa, oltre che alla commissione dei reati prima elencati di corruzione, concussione e frode (di cui agli artt. 24 e 25), anche alla commissione di reati contro l'incolumità pubblica (art. 26 *Reati previsti dal titolo VI del titolo II del codice penale*), la sicurezza sul lavoro (art. 27 *Omicidio colposo e lesioni colpose*), l'ambiente ed il territorio (artt. 28 *Reati in materia di impiego dell'energia nucleare*, 29 *Reati in materia di radiazioni ionizzanti*, 30 *Reati in materia dei pericoli di incidenti rilevanti connessi con determinate sostanze pericolose*, 31 *Reati in materia di inquinamento atmosferico*, 32 *Reati in materia di pesca marittima*, 33 *Reati in materia di difesa del mare*, 34 *Reati in materia di tutela delle acque dall'inquinamento*, 35 *Reati in materia di prevenzione e riduzione integrale dell'inquinamento*, 36 *Reati in materia di utilizzazione di fanghi in agricoltura* e 37 *Reati in materia di rifiuti*), l'urbanistica ed il paesaggio (artt. 38 *Reati in materia di edilizia*, 39 *Reati in materia di aree protette e di beni culturali e ambientali*) ⁽⁸²⁾.

GLIE, *Principi generali*, cit., 1350, la quale non attribuisce un valore del tutto negativo alla «scelta minimalista» fatta dall'Esecutivo, reputando il valore meramente simbolico delle disposizioni approvate, come un primo decisivo passo per «l'inizio di una nuova era, che vede finalmente anche le persone giuridiche sul banco degli imputati». Più in generale per un approfondimento sul tema della «*Symbolische Gesetzgebung*» si rinvia ad AMELUNG, *Strafrechtswissenschaft*, cit., 54 ss.; PALIERO, *Il principio di effettività*, cit., 538 ss.; nonché da ultimo ad HASSEMER, *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, in *Festschrift für Claus Roxin*, Berlin-New York, 2001, 1001 ss.

⁽⁸¹⁾ I primi isolati casi di pronunce giurisprudenziali sono Trib. Pordenone, 4.11.2002 e Trib. Roma, 7.3.2003, entrambe in www.reatisocietari.it; Trib. Roma, ord. 4.4.2003, in *Guida dir.*, 2003, n. 31, 66 ss., con nota di AMATO.

⁽⁸²⁾ Va detto per inciso, che anche questo elenco, però, per quanto ampio, (come osservato in precedenza) risultava pur sempre incompleto a causa della sua natura tassativa, dal

È stato, poi, solo al momento della stesura del testo definitivo della riforma che l'Esecutivo ha mutato il suo atteggiamento, ed ha decurtato questa parte dello schema riducendo le fattispecie da cui far dipendere la responsabilità «amministrativa» degli enti a due soli articoli: l'art. 24 *Indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche e frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico*, e l'art. 25 *Concussione e corruzione*.

Ed è stato proprio il carattere repentino di questo cambiamento ad alimentare l'impressione che si sia trattato di una scelta chiaramente compromissoria dettata prevalentemente dalla pressione esercitata dalle *lobbies* economiche; impressione che viene poi ulteriormente suffragata da una lettura delle deboli ed inconsistenti motivazioni addotte a suo sostegno nella Relazione al decreto.

Si legge, infatti, testualmente nella citata Relazione che «questa scelta del Governo muove dal rilievo che la Camera e il Senato hanno votato due contrastanti ordini del giorno proprio sul versante dell'ampiezza del catalogo dei reati a cui legare la responsabilità amministrativa degli enti (...). In ragione di un *così marcato contrasto*, il Governo reputa preferibile attestarsi su una posizione minimalista, che coincide con quella dell'ordine del giorno votato alla Camera. Del resto, la legge delega ha ad oggetto la ratifica delle Convenzioni P.I.F. e O.C.S.E., sì che pare opportuno limitare l'intervento in tema di responsabilità sanzionatoria degli enti ai reati indicati nei citati strumenti internazionali e comunitari»⁽⁸³⁾.

Ed ancora che «occorre realisticamente prendere atto del maggiore equilibrio della scelta c.d. minimalista: poiché l'introduzione della responsabilità sanzionatoria degli enti assume un carattere di forte innovazione del nostro ordinamento, sembra opportuno contenerne, per lo meno nella fase iniziale, la sfera di operatività, anche allo scopo di favorire il progressivo radicamento di una cultura aziendale della legalità che, se imposta *ex abrupto* con riferimento ad un ampio novero di reati, potrebbe fatalmente provocare non trascurabili difficoltà di adattamento».

Entrambi questi argomenti non appaiono neanche lontanamente sufficienti a giustificare la scelta minimalista preferita all'ultimo momento dal legislatore.

Innanzitutto, appare quanto mai difficile già in astratto concepire la

momento che non comprendeva al suo interno le forme più eclatanti di manifestazione della criminalità degli enti: il riciclaggio, i reati societari ed i reati tributari.

⁽⁸³⁾ Così nella *La Relazione al decreto legislativo*, in *www.giustizia.it*, 32. Si è citata questa volta la versione della relazione che si trova sul sito del Ministero, poiché nella versione cui sinora si è fatto riferimento questa parte non è riportata.

presenza di *due ordini del giorno diversi* tra Camera e Senato per l'approvazione di un testo di un decreto legislativo, come un «*così marcato contrasto*» tale da giustificare una quasi completa disapplicazione della legge delega. Quando poi si passa ad analizzare in concreto il caso di specie allora l'incongruenza e la non condivisibilità di questa motivazione appaiono ancora più evidenti.

Se si va, infatti, a rileggere la relazione che accompagnava il primo schema del decreto legislativo balza subito agli occhi che *lo stesso identico argomento* era stato in precedenza utilizzato dall'Esecutivo non per sostenere la soluzione minimalista, bensì, *per giustificare e motivare* – in maniera ineccepibile – *la scelta diametralmente opposta!*

«*La contraddittorietà degli ordini del giorno* – si legge appunto nella relazione allo schema del decreto legislativo – *non può integrare, ad avviso del Governo, un valido ostacolo alla piena ed integrale attuazione delle disposizioni contenute nella legge delega. Anzi, va rilevato che, sotto questo profilo, la delega ha efficacemente preso atto della circostanza che i settori della tutela ambientale, del territorio e della sicurezza del lavoro costituiscono, in uno con i fenomeni di corruzione e di frode, il terreno elettivo della criminalità d'impresa, sì che una limitazione dell'intervento ai soli illeciti previsti negli strumenti da ratificare non si sarebbe sottratta alla censura di un intervento di riforma miope sul versante della politica criminale*»⁽⁸⁴⁾.

A nulla vale neanche sostenere che una scelta di tal fatta è in linea con le indicazioni internazionali e comunitarie e che una soluzione diversa avrebbe rappresentato un loro travalicamento, poiché questa obiezione è solo parzialmente fondata. In quanto è vero che le indicazioni internazionali erano minime al riguardo, ma è pur vero che la legge delega tali indicazioni le aveva recepite ed al contempo ampiamente superate nell'esplicito tentativo di costruire un sistema organico e completo di responsabilità degli enti⁽⁸⁵⁾.

Ancor più illogico è l'ultimo argomento addotto dal Governo a sostegno della scelta minimalista in base al quale è da ritenersi inopportuna «l'imposizione di una cultura aziendale della legalità *ex abrupto* con riferimento ad un ampio novero di reati» poiché può comportare «non trascurabili difficoltà di adattamento».

⁽⁸⁴⁾ Così in *La Relazione allo schema del decreto legislativo*, cit., 32. Il corsivo nel testo è di chi scrive.

⁽⁸⁵⁾ PIERGALLINI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., 69, nt. 3. A conti fatti, come rileva DE VITA, *Il «legislatore senza qualità»*, cit., 126, la disciplina varata sembra confermare l'impressione che «la legislazione penale degli ultimi anni (...) sia, in fondo, priva di "senso" (...) e proceda sulla spinta di contrapposte esigenze» anziché sulla base «di un disegno unitario di politica criminale».

L'imposizione in maniera non coercitiva e violenta di una cultura della legalità non può mai essere considerata inopportuna. Qualunque sia il modo in cui venga realizzata ed in qualsiasi ambiente debba essere inserita, essa non può trovare limiti di sorta, anche se si tratta di imporla in una realtà così particolare quale è quella aziendale, soprattutto se si tiene conto che scrupoli di tal genere non emergono quando si tratta di intervenire su realtà sicuramente più meritevoli di attenzioni come ad esempio quella degli immigrati clandestini.

Quello dell'inopportunità della sua imposizione *ex abrupto* può essere, al più, un giudizio che può condizionare le disposizioni transitorie della nuova disciplina, al fine di consentirne l'entrata in vigore nella maniera più armonica possibile con il sistema preesistente. Non può certo rappresentare, invece, un giudizio in grado di condizionare il contenuto e la portata di ben ponderate scelte politico-criminali: se, infatti, è ritenuto necessario il ricorso ad un intervento penale (o pseudo-penale), il suo contenuto non può essere condizionato dal timore di creare difficoltà di adattamento.

4. – Va inoltre osservato che anche qualora l'Esecutivo si fosse attenuto strettamente alla delega, dandole effettiva attuazione, questo tipo di intervento legislativo non avrebbe potuto andare esente da un'osservazione critica. Esso, infatti, contribuisce ad incrementare quella tendenza, che sempre più consensi incontra in una parte della dottrina ⁽⁸⁶⁾ e nella prassi legislativa (si veda ad esempio il nuovo sottosistema sanzionatorio introdotto negli artt. 34 e 35 del d. lgs. 28.8.2000, n. 274 istitutivo della competenza penale del giudice di pace), a creare dei sottosistemi sanzionatori autonomi in deroga ai principi generali del diritto penale tradizionale.

Un simile *modus operandi*, per quanto agevoli la realizzazione di importanti innovazioni, può non apparire sempre metodologicamente corretto; le grandi riforme che coinvolgono il diritto penale (quale è sicuramente – in modo diretto o indiretto – quella ora in esame), non possono avere un carattere derogatorio ed eccezionale, ma devono essere espressione di una politica legislativa unitaria che abbia di mira la risistemazione dell'intera materia penale ⁽⁸⁷⁾. Al contrario, invece, la creazione di microsistemi sanzionatori, frutto di scelte di politica criminale «settoriali», regolati da principi generali di garanzia e responsabilità «eccentrici» rispetto a quelli fissati nel codice penale, intacca in maniera sensibile il ruolo centrale e fonamen-

⁽⁸⁶⁾ Cfr. per tutti in tal senso, FIANDACA, *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 141 ss.

⁽⁸⁷⁾ Porre un argine alla decodificazione, peraltro, consentirebbe di realizzare anche una cospicua e razionale politica di depenalizzazione.

tale che quest'ultimo deve assolvere nel nostro sistema penale ⁽⁸⁸⁾. Una simile linea di politica criminale si presenta dunque antitetica rispetto al tanto auspicato recupero della «cultura del codice» ⁽⁸⁹⁾.

In più luoghi si avverte invero la necessità di riportare il codice «al centro del sistema di previsione dei reati e delle pene» ⁽⁹⁰⁾, di far sì che questo si ponga nuovamente «come testo centrale e punto di riferimento fondamentale dell'intero ordinamento penale, in modo da contrastare il pericolo di decodificazione» ⁽⁹¹⁾. E che questa sia un'esigenza prioritaria è dimostrato dal fatto che la Commissione Bicamerale del 1997 (poi naufragata) aveva prospettato l'introduzione di un vero e proprio *principio costituzionale di «riserva di codice»* ⁽⁹²⁾, stabilendo nel comma 4 dell'art. 129 del progetto di

⁽⁸⁸⁾ GROSSO, *Riserva di codice, diritto penale minimo, carcere come extrema ratio di tutela penale*, in *Cass. pen.*, 2001, n. 1671, 3582.

⁽⁸⁹⁾ Si veda più ampiamente sul problema del recupero della centralità del codice MAIELLO, «*Riserva di codice*» e decreto legge in materia penale: un (apparente) passo avanti ed uno indietro sulla via del recupero della centralità del codice, in *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, a cura di STILE, Napoli, 2003, 157 ss. Dello stesso avviso STORTONI, *Parte speciale del codice e parte speciale del diritto penale*, in *Verso un nuovo codice penale. Itinerari - problemi - prospettive*, Milano, 1993, 440; INSOLERA, *La riforma del codice penale. Qualche riflessione in margine al Progetto Grosso*, in *Quest. giust.*, 2001, 1075 ss. In senso contrario si veda FIANDACA, *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, cit., 141; ID., *Relazione introduttiva*, in AA.VV., *Valori e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, francese e spagnola a confronto*, Padova, 1995, 15 ss., il quale sottolinea l'inadeguatezza del codice ad assumere un ruolo centrale nella legislazione penale attuale. Ad esso dovrebbe opporsi una legislazione articolata per sottosistemi normativi, qualificati dalla omogeneità della materia regolata e, quindi, dalla peculiarità delle regole di imputazione. Ad avviso di questo autore la crisi del codice è oramai un evento inevitabile, perché i sottosistemi «piaccia o non piaccia, manifestano una tendenza più a crescere che a diminuire». Il proliferare della legislazione complementare non può essere arrestato, perché rappresenta una linea di tendenza inevitabile «inscritta nel codice genetico della nostra epoca (...): il pluralismo culturale e la frammentazione dei punti di vista assiologici, tipici delle moderne società complesse, si ripercuotono anche nel campo del diritto penale e contribuiscono all'entrata in crisi del codice come luogo normativo deputato a esprimere una razionalità penalistica unitaria». Per una posizione intermedia che non cede «a tentazioni di apriorismi concettualistici» si veda PALAZZO, *Continuità ed evoluzione nel processo di ricodificazione penale in Italia*, in *Pol. dir.*, 2001, 500.

⁽⁹⁰⁾ Così si legge nella *Relazione della Commissione ministeriale per la riforma del codice penale istituita con D.M. 1 ottobre 1998*, in *Per un nuovo codice penale. Relazione della Commissione Grosso (1999)*, Padova, 2000.

⁽⁹¹⁾ Così si legge nell'art. 2, n. 3 dello schema di disegno di legge delega PAGLIARO, in *Per un nuovo codice penale. Schema di disegno di legge delega al Governo*, a cura di PISANI, Padova, 1993, 26.

⁽⁹²⁾ A favore dell'introduzione del principio di riserva di codice all'interno della Costituzione cfr. MAIELLO, *Riserva di codice e decreto legge in materia penale*, cit., 342 ss.; FERRAJOLI, *Crisi della legislazione penale e giurisdizione. Una proposta recente: la riserva di codice*, in *Legalità e giurisdizione: le garanzie penali tra incertezze del presente ed ipotesi del futuro*, Padova, 2001, 27 ss.; INSOLERA, *La riforma del codice penale*, cit., 2001, 1075; di opposto avviso è invece PULITANÒ, *Quali riforme in materia penale dopo la Bicamerale?*, in *Foro it.*, 1998, V, 297 s.

riforma della Costituzione che «nuove norme penali sono ammesse solo se modificano il codice penale ovvero se contenute in leggi disciplinanti organicamente l'intera materia cui si riferiscono»⁽⁹³⁾.

Diversamente l'abbandono della parte speciale e la creazione di tante differenti parti generali ognuna valida per uno specifico settore di disciplina, può condurre ad una «conseguente quasi inevitabile perdita di nozione unitaria di sistema penale e all'introduzione di diseguaglianze di trattamento – difficilmente – compatibili con il principio di uguaglianza previsto dall'art. 3 Cost.»⁽⁹⁴⁾.

Un esempio paradigmatico dei rischi connessi a questo tipo di normazione è costituito dall'art. 26 del d. lgs. n. 231/2001 che disciplina il delitto tentato, più dettagliatamente, dal suo secondo comma. Tale disposizione, infatti, sancendo che «l'ente non risponde quando volontariamente impedisce il compimento dell'azione o la realizzazione dell'evento», introduce una equiparazione esplicita da un punto di vista della rilevanza giuridica e del trattamento sanzionatorio della desistenza volontaria al recesso attivo, prevedendo anche per quest'ultimo la non punibilità della persona giuridica⁽⁹⁵⁾.

Appare evidente che un simile precetto introduce nel sistema penale una di quelle disparità di trattamento difficilmente compatibili con il principio di uguaglianza sostanziale di rango costituzionale cui prima si accennava, dal momento che contrasta palesemente con il portato del disposto dell'art. 56 ultimo comma c.p., che invece per quanto concerne le persone fisiche non equipara da un punto di vista sanzionatorio il recesso alla desistenza, prevedendo per esso in luogo della non punibilità una semplice riduzione della pena prevista per il delitto tentato.

Tale diverso trattamento sanzionatorio di situazioni sostanzialmente analoghe (non ci sembra, infatti, potersi ravvisare una differenza netta tra le due ipotesi di recesso tale da giustificare una così diversa valutazione della loro rilevanza penale) potrebbe dare vita ad una questione di legittimità costituzionale della disciplina codicistica del tentativo a causa del trattamento

⁽⁹³⁾ Sui lavori della Commissione Bicamerale inerenti all'introduzione a livello costituzionale di nuovi principi validi in materia penale si veda DONINI, *L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997*, in *Crit. dir.*, n. 2-3, 1998, 95 ss.; nonché FIANDACA, *Intervento*, *ivi*, 140 ss.; MAZZACUVA, *Intervento*, *ivi*, 155 ss.; PALAZZO, *Le riforme costituzionali proposte dalla Commissione bicamerale (diritto penale sostanziale)*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 33 ss.

⁽⁹⁴⁾ Così GROSSO, *Riserva di codice, diritto penale minimo, carcere come extrema ratio di tutela penale*, *cit.*, 3582.

⁽⁹⁵⁾ In argomento si rinvia a DE SIMONE, *I profili sostanziali*, *cit.*, 124 s.

discriminante che le persone fisiche ricevessero rispetto alle persone giuridiche.

Sembra, quindi, più condivisibile la soluzione politico-criminale adottata dalla Commissione Grosso nel Progetto preliminare della nuova parte generale del codice penale, in base alla quale il tema della responsabilità delle persone giuridiche (sebbene senza essere definita espressamente come responsabilità penale, ma con un *obiter dictum* semplicemente «responsabilità delle persone giuridiche») è stato inserito nella parte generale del codice penale proprio al fine di evitare il prospettarsi di simili problemi ⁽⁹⁶⁾.

5. – Una volta accertato che l'improvviso emergere negli ultimi anni del secolo appena concluso di un nuovo tessuto economico e sociale ha messo in crisi il «mito giuridico» del «*societas*» e che il legislatore, per adempiere ad obblighi internazionali, lo ha abbattuto senza molto riflettere sulle modalità da preferire e sulle conseguenze che potevano seguire, ci sembra fondamentale soffermare l'attenzione sul problema (tutt'altro che secondario) della natura giuridica della responsabilità degli enti introdotta con il recente d. lgs. n. 231 dell'8.6.2001.

La sua individuazione ci consente, invero, di comprendere se il legislatore abbia voluto o meno rompere in maniera netta con la tradizione del passato e se, in caso di risposta affermativa a questo primo quesito, tale scelta non si dimostri in contrasto con i principi costituzionali in materia di personalità della responsabilità penale e di finalità della pena, nonché con il principio di *extrema ratio* dell'intervento penale. Ciò che ci preme stabilire è se il dato nominale «responsabilità amministrativa» adottato nell'intestazione del provvedimento normativo corrisponde o meno a quello sostanziale ⁽⁹⁷⁾, se si tratta cioè di una autentica responsabilità amministrativa o se altrimenti dietro tale etichetta si celi una responsabilità penale vera e propria.

Muovendo da queste premesse metodologiche non ci sembra allora pienamente condivisibile il diverso orientamento di quella parte autorevole

⁽⁹⁶⁾ Per un commento sulla disciplina dettata dal Progetto Grosso in materia di responsabilità delle persone giuridiche vd. FERRANTE, *Considerazioni sul titolo VI dell'articolato del progetto preliminare di riforma del codice penale elaborato dalla commissione presieduta da C. F. Grosso*, in *La riforma della parte generale del codice penale*, cit., 647 ss.; nonché il mio «*Crisi del diritto penale societario*», cit., 316 ss.

⁽⁹⁷⁾ Come rilevato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 116 del 1968, in *Giur. cost.*, 1968, II, 2087, con nota di PREDIERI, il titolo, e più precisamente il titolo generale o esterno, «di una legge è soltanto un elemento indicativo che non si incorpora con la legge stessa, in modo tale da sovrapporsi alle singole norme concrete (...) e solo in caso di dubbio significato delle norme il titolo potrebbe eventualmente contribuire alla loro interpretazione».

della dottrina che giudica la disputa sulla natura giuridica della responsabilità degli enti come una discussione sterile che rischia di «scambiare per problemi “dogmatici”, di sostanza, problemi di mera costruzione del linguaggio della scienza giuridica»⁽⁹⁸⁾.

Il problema è sì un problema nominale e di costruzione del linguaggio, ma trovandoci in un settore, quale è quello delle scienze giuridiche, e, più precisamente, in quello della creazione delle norme giuridiche penali, il problema del linguaggio è tutt'altro che secondario⁽⁹⁹⁾: la certezza del diritto e delle garanzie dipende principalmente dal linguaggio, dalla «forma»⁽¹⁰⁰⁾. Senza tener conto che nel diritto penale di pura creazione legislativa, il linguaggio ha anche un forte valore sostanziale, nel senso che vale a fissare un criterio normativo utile ad interpretare la realtà in maniera diversa dalla sua essenza naturalistica.

Allo stesso modo, non ci sembra possibile risolvere la questione affermando con altra parte autorevole della dottrina che è «il nome della sanzione a fare la natura giuridica della sanzione e non viceversa» e che quindi se il legislatore ha parlato di sanzioni amministrative tale è la loro natura giuridica⁽¹⁰¹⁾. A tal proposito va preliminarmente ribadito che non si vuole mettere in discussione in questa sede la astratta validità di questa affermazione. Anzi: spesso il *nomen iuris* costituisce l'unico elemento da cui desumere la natura delle sanzioni; è da questo che di norma si risale alla natura della sanzione prevista per un determinato comportamento illecito e, soprattutto, al tipo di disciplina sostanziale e processuale per essa valida.

Basti fare il caso della sanzione pecuniaria, la sua natura giuridica di-

⁽⁹⁸⁾ Così PULITANÒ, *La responsabilità «da reato» degli enti*, cit. 420; nonché ID., *Responsabilità amministrativa dipendente da reato delle persone giuridiche*, (voce), cit., 954.

⁽⁹⁹⁾ Sul problema dell'importanza del linguaggio nelle norme si veda proprio PULITANÒ, *Nel laboratorio della riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 19 ss., il quale afferma che la dimensione linguistica viene in primo piano soprattutto dove si tratti «di introdurre novità significative, fuoriuscendo da schemi tradizionali, con ricorso a moduli linguistici nuovi e non consueti»; in argomento, per un diverso punto di vista, si rinvia ad HASSEMER, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 1997, 192, il quale ritiene che avendo ormai il giudice un ruolo prevalente rispetto a quello del legislatore, il linguaggio da quest'ultimo utilizzato, per quanto preciso, non assolve alcuna funzione di garanzia se l'interprete non è dotato di una capacità di autocontenimento interpretativo. Sul punto vd. anche FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2001, 357.

⁽¹⁰⁰⁾ A tal riguardo vedi MOCCIA, *La «promessa non mantenuta»*, cit., 26., il quale, trattando del principio di determinatezza delle fattispecie penali afferma che «nello stato di diritto la forma ha un'importanza essenziale e dunque, in nessun caso, in rapporto ad alcun fenomeno, connotato anche da grave dannosità sociale, è possibile disattendere l'assunto secondo cui la «legge non può abbandonare la lettera perché la lettera è lo spirito della legge»».

⁽¹⁰¹⁾ Così MARINUCCI, *Relazione di sintesi al Convegno «Societas puniri potest»*, Firenze 15-16.3.2002, ora in *Societas puniri potest*, cit., 307 ss.

pende esclusivamente dal *nomen iuris* adottato: multa, ammenda, sanzione amministrativa, risarcimento del danno; in questo caso il nome stabilisce la natura della sanzione e dunque dell'illecito rimandando immediatamente allo specifico regime giuridico applicabile ai delitti, alle contravvenzioni, agli illeciti amministrativi o agli illeciti civili.

La disciplina contenuta nel decreto legislativo in questione, invece, contraddice tale assunto. Deroga ad esso. Ove mai, infatti, si seguisse il cennato criterio anche nel caso di specie, la definizione delle sanzioni in parola come amministrative dovrebbe immediatamente consentirci di individuare la loro natura amministrativa e di ricostruire le regole e i principi di tipo amministrativo per esse applicabili. Ma appare evidente che quasi nessuna delle disposizioni del d. lgs. n. 231/2001 detta regole compatibili con una natura amministrativa della responsabilità.

L'invito a «prendere sul serio, in quanto espressione della volontà del legislatore» ⁽¹⁰²⁾, la scelta dell'etichetta amministrativa per questo modello di responsabilità degli enti non può essere accolto perché nel caso di specie la «volontà» del legislatore, come in precedenza evidenziato, presenta una serie di vizi non trascurabili nella sua formazione. Inoltre, una completa lettura del testo normativo fa comprendere che l'intera disciplina è sintomatica di tutt'altra realtà e, precisamente, di un sistema sanzionatorio rispondente a regole sostanziali e processuali di tipo penale. In tal modo, sia chiaro, non ci si vuole sostituire al legislatore modificando attraverso gli strumenti dell'interpretazione il significato ed il valore dei segni linguistici da questo prescelti stravolgendone la loro portata semantica, sebbene possa sembrare esattamente il contrario. Ciò che si intende fare è ricercare il «senso possibile» dell'intero *corpus* normativo, avvalendosi di quel procedimento ermeneutico, non secondario rispetto all'interpretazione letterale, che è rappresentato dalla ermeneutica sistematica ⁽¹⁰³⁾, nel tentativo di comprendere il significato di una norma non solo tramite la lettura delle singole parole, ma anche guardando l'insieme in cui essa è inserita.

Facendo ricorso ad un simile approccio interpretativo, a nostro avviso, la responsabilità introdotta con il provvedimento legislativo in esame risulta una responsabilità che di amministrativo presenta (per le ragioni compromissorie in precedenza riferite) unicamente il *nomen iuris*, essendo sostanzialmente in tutto e per tutto disciplinata come una responsabilità pe-

⁽¹⁰²⁾ Così PULITANÒ, *La responsabilità da «reato»*, cit., 418.

⁽¹⁰³⁾ GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., 377 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 107 ss.; in argomento vd. anche RAMACCI, *Introduzione all'analisi del linguaggio legislativo penale*, Milano, 1970, *passim*.

nale vera e propria fondata (*rectius*: da fondare) su principi e categorie nuove e diverse⁽¹⁰⁴⁾.

Gli argomenti che inducono a ragionare in tal senso sono talmente numerosi e concordanti da non indurre ad eccessivi dubbi in proposito e possono essere così sintetizzati:

a) Innanzi tutto, si tratta di una responsabilità «per» la commissione di un reato.

Essa, infatti, non scaturisce dalla commissione di un autonomo illecito amministrativo espressamente tipizzato, bensì si fonda unicamente sulla commissione, nell'interesse o a vantaggio dell'ente, da parte di una *persona fisica* legata da un rapporto funzionale con esso, di uno dei reati previsti negli artt. 24, 25, 25 *bis* ss., con la precisazione che, in forza di questa connessione, l'ente risulta soggetto attivo di questi reati⁽¹⁰⁵⁾. In altre parole, l'art. 5 del decreto legislativo nella parte in cui afferma che «l'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio» da soggetti che rivestono posizioni apicali o da soggetti sottoposti all'altrui direzione, svolge una funzione equivalente a quelle norme di parte generale del codice penale comunemente denominate in dottrina con la locuzione «ipotesi normative di estensione della tipicità» (gli artt. 40, comma 2, 56 e 110 c.p.)⁽¹⁰⁶⁾.

Questo articolo, infatti, una volta combinato con le fattispecie penali tassativamente indicate negli artt. 24, 25, 25 *bis*, *ter*, *quater* e *quinquies* consente – alla stregua delle norme di Parte Generale ora citate – di perseguire comportamenti altrimenti non tipici, non sussumibili in alcuna di queste e, quindi, non sanzionabili, finendo con il creare delle fattispecie

⁽¹⁰⁴⁾ Sul tema della «truffa delle etichette» in materia di responsabilità degli enti si veda MUSCO, *Le imprese*, cit., 8 ss.; PATRONO, *Verso la soggettività*, cit., 189; MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale)*, cit., 899 ss.; PIERGALLINI, *Sistema sanzionatorio*, cit., 1365. Di diverso avviso è PULITANO, *La responsabilità «da reato» degli enti*, cit., 417, il quale osserva che nel caso di specie non si dà corpo ad una «frode delle etichette» nel senso pregnante in cui il concetto è utilizzato in dottrina, non essendo finalizzata la diversa etichettatura «a coprire l'elusione di garanzie rese necessarie dalla sostanza punitiva degli istituti (...). Nell'apprestare garanzie sostanziali e processuali, il legislatore italiano del 2001 ha adottato un'ottica tipicamente penalistica, tra tutte la più garantista». Una simile affermazione non sembra però pienamente condivisibile, dal momento che la diversa denominazione della responsabilità delle persone giuridiche come amministrativa anziché penale è finalizzata ad eludere e ad intaccare il primo dei principi garantisti di rango costituzionale del nostro sistema penale, quello della personalità della responsabilità penale.

⁽¹⁰⁵⁾ Di questo stesso avviso è PALIERO, *Il d. lgs. 8 giugno 2001*, n. 231, cit., 845. In particolare, sul significato da attribuire ai termini «interesse» e «vantaggio» si veda ASTROLOGO, «Interesse» e «vantaggio» quali criteri di attribuzione della responsabilità dell'ente nel d. lgs. 231/2001, in *Ind. pen.*, 2003, 649 ss.

⁽¹⁰⁶⁾ Per un approfondimento di questo concetto si rinvia a FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 170.

incriminatrici completamente nuove i cui autori sono le persone giuridiche⁽¹⁰⁷⁾.

Per potersi parlare, invece, realmente di responsabilità amministrativa dovevano quanto meno esistere dei comportamenti degli enti espressamente tipizzati come illeciti amministrativi (sebbene la loro sussistenza fosse subordinata alla commissione di uno dei reati indicati precedentemente), cosa questa di cui nel decreto non c'è assolutamente traccia se non sempre e solo nominalmente⁽¹⁰⁸⁾. Quando si fa riferimento agli illeciti amministrativi nel decreto legislativo – come per esempio avviene nell'art. 34 per individuare il procedimento relativo agli illeciti amministrativi dipendenti da reato – ci si riferisce sempre a quegli illeciti previsti negli artt. 24, 25, 25 *bis* ss. che sono, in realtà, vere e proprie fattispecie penali. Tali articoli invero non dispongono altro che la responsabilità delle persone giuridiche per fattispecie già esistenti nel codice penale, sicché qualificare la responsabilità e la sanzione irrogabile nei loro confronti amministrative significherebbe tradire i principi che presiedono alla scelta del tipo di risposta sanzionatoria per un determinato illecito ed orientarsi anziché in funzione dell'offesa al bene giuridico, in funzione del tipo di autore, con la conseguenza che per un medesimo reato la persona fisica ne risponderebbe penalmente e la persona giuridica sarebbe destinataria della sanzione meramente amministrativa, con buona pace del principio di uguaglianza⁽¹⁰⁹⁾. Ci si troverebbe cioè dinanzi ad un unico illecito definibile però «binomico» in quanto dalla sua realizzazione scaturirebbero due diversi tipi di responsabilità accertati in base a differenti criteri di imputazione⁽¹¹⁰⁾. Peraltro ad una lettura attenta delle disposizioni che compongono l'articolato ci si rende conto che il riferimento all'autonomo «illecito amministrativo dipendente da reato», come fonte della responsabilità delle persone giuridiche, appare solo sporadicamente, come ad esempio nell'articolo 1 e nell'articolo 34, mentre nella maggior parte delle altre norme si parla di «responsabilità delle persone giuridiche per un reato», come ad esempio nell'art. 2 dove viene enunciato il prin-

⁽¹⁰⁷⁾ Di questo avviso sebbene in termini leggermente diversi è ROMANO, *La responsabilità amministrativa*, cit., 405; nonché DE SIMONE, *I profili sostanziali*, cit., 81, il quale afferma che l'illecito «è e resta uno solo, quello (penale) commesso da una delle persone fisiche indicate nell'art. 5, mentre rispetto alla persona giuridica dovrebbe parlarsi piuttosto di una *fattispecie a struttura complessa* di cui tale illecito (il c.d. *Anknüpfungstat*) rappresenta soltanto uno degli elementi essenziali e irrinunciabili. Gli altri sono ovviamente quelli individuati negli artt. 5, 6 e 7».

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. DE VERO, *Struttura e natura giuridica*, cit., 1155.

⁽¹⁰⁹⁾ Così DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., 292; ID., *Verso un codice penale europeo: la responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Offensività e colpevolezza*, cit., 64.

⁽¹¹⁰⁾ DE SIMONE, *I profili sostanziali*, cit., 81; MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale)*, cit., 25 s.

cipio di legalità, nell'art. 5 dove viene definito il criterio di imputazione «oggettiva» del fatto all'ente e negli artt. 28-30 dove sono disciplinate le vicende modificative dell'ente ⁽¹¹¹⁾. Avendo dunque i due illeciti una natura unitaria, e trattandosi per l'appunto di una natura giuridica di tipo penale (è sempre una responsabilità per un reato), la responsabilità che discende da entrambi non può non essere che una responsabilità penale.

b) In secondo luogo, la responsabilità dell'ente è autonoma, come espressamente sancito dall'art. 8 del decreto dove è disposto che «la responsabilità dell'ente sussiste anche quando a) l'autore del reato non viene identificato; b) il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia». Trattandosi quindi di una responsabilità indipendente rispetto a quella dell'autore materiale per l'accertamento della quale non è necessario il «rimbalzo» da persona fisica a persona giuridica, appare evidente che non può non essere penale, altrimenti si avrebbe il paradosso di assistere ad un'archiviazione della *notitia criminis* per la persona fisica per mancata identificazione dell'autore, per mancanza quindi di uno degli elementi costitutivi della fattispecie tipica ed allo svolgimento di un procedimento penale unicamente per accertare la responsabilità amministrativa della persona giuridica in relazione ad un reato estinto.

La nuova «fattispecie plurisoggettiva eventuale» che origina dalla lettura combinata degli artt. 5, 6 e 7 con una delle norme incriminatrici richiamate dalla parte speciale del decreto sopravvive a quella monosoggettiva originaria anche quando questa si estingua, sicché in relazione ad essa si dovrà accertare attraverso un giudizio penale la responsabilità penale dell'ente ⁽¹¹²⁾.

c) In terzo luogo, la giurisdizione in materia è attribuita al giudice penale ai sensi dell'art. 34 del decreto legislativo in esame. Tale norma stabilisce, infatti, che «per il procedimento relativo agli illeciti amministrativi dipendenti da reato, si osservano le norme di questo capo nonché, in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale e del d. lgs. 28.7.1989, n. 271» ⁽¹¹³⁾. Questa disposizione in particolare appare abbastanza univoca. Solo una sanzione prettamente penale può essere inflitta

⁽¹¹¹⁾ Dello stesso avviso è PATRONO, *Verso la soggettività penale di società ed enti*, cit., 188, il quale rileva puntualmente che il decreto legislativo si limita a disciplinare semplicemente i criteri di imputazione del reato all'ente, ma non detta nuovi ed autonomi «illeciti amministrativi dipendenti da reato».

⁽¹¹²⁾ Sul punto PATRONO, *Verso la soggettività penale di società ed enti*, cit., 188; PALIERO, *Il d. lgs. 8 giugno 2001*, n. 231, cit., 845; ID., *La responsabilità sanzionatoria delle persone giuridiche*, cit.; nonché DE MAGLIE, *Principi generali*, cit., 1349.

⁽¹¹³⁾ In tal senso vedi MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale)*, cit., 902; FORTI, *Sulla definizione della colpa*, cit., 186.

dal giudice penale e necessita per la sua irrogazione del rispetto di tutte le peculiari garanzie previste dal sistema processuale penale ⁽¹¹⁴⁾.

Anzi, nel contesto odierno in cui stanno progressivamente svanendo le differenze contenutistiche tra le sanzioni penali e quelle amministrative ⁽¹¹⁵⁾, l'aspetto dell'autorità giudiziaria competente assume un rilievo determinante perché diviene l'unico tratto distintivo certo ed evidente ⁽¹¹⁶⁾.

d) La natura giuridica delle sanzioni è penale. Nonostante sia stata espunta dal catalogo delle sanzioni la misura sicuramente più afflittiva (la chiusura definitiva dello stabilimento) le sanzioni che residuano presentano un contenuto così afflittivo, stigmatizzante e gravoso, come l'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività, da doversi considerare, sotto l'aspetto del profilo sostanziale, necessariamente penali ⁽¹¹⁷⁾.

e) Il sistema di commisurazione delle pene pecuniarie segue un modello penale ⁽¹¹⁸⁾.

La disciplina contenuta negli artt. 10 e 11, infatti, nel momento in cui annovera quali principi e criteri di commisurazione delle sanzioni pecuniarie il riferimento alle condizioni economiche e patrimoniali, seguendo la falsariga dell'art. 133 *bis* del codice penale, e la previsione «di un modello commisurativo per quote, che ricalca, solo in parte, il sistema dei "tassi giornalieri" collaudato con successo in molti Paesi europei (si pensi, per tutti, al *Tagessatzsystem* tedesco)» ⁽¹¹⁹⁾, dimostra di ispirarsi a finalità general e special preventive di tipo positivo tipiche di un impianto sanzionatorio *stricto sensu* penale.

g) La persona giuridica è punita anche se ha commesso i delitti indicati nel decreto «nelle forme del tentativo» (art. 26).

⁽¹¹⁴⁾ Si noti che questo medesimo argomento è già apparso decisivo per la risoluzione della diatriba sulla natura giuridica delle «Misure amministrative di sicurezza», sul punto si veda VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano, I, Concetto, fonti, validità, interpretazione*, Padova, 1999, 40.

⁽¹¹⁵⁾ Questo processo di sovrapposizione dei piani concettuali delle due sanzioni è amplificato dal fatto che in una prospettiva *de iure condendo* si auspica l'abbandono della pena carceraria, o meglio la sua riduzione ad *extrema ratio*, e l'introduzione nel catalogo delle pene principali di misure di carattere interdittivo di origine amministrativa. Una conferma di questo orientamento dottrinario si rinviene nel *Progetto preliminare di riforma del codice penale*, redatto dalla Commissione Grosso, per la cui consultazione si rinvia a www.giustizia.it.

⁽¹¹⁶⁾ Di questo avviso è anche VOLK, *La responsabilità penale degli enti collettivi*, in *Crit. dir.*, 2002, 231, il quale osserva che dipende «dal cerimoniale del procedimento di cui si tratta il modo in cui viene classificata una conseguenza giuridica, cioè come pena, come conseguenza accessoria di una pena, come sanzione punitiva amministrativa o come misura del diritto amministrativo dell'economia».

⁽¹¹⁷⁾ È dello stesso ordine di idee DE SIMONE, *I profili sostanziali*, cit., 79.

⁽¹¹⁸⁾ Così PALIERO, *La responsabilità sanzionatoria delle persone giuridiche*, cit.; nonché DE MAGLIE, *Principi generali*, cit., 1349.

⁽¹¹⁹⁾ Così *La Relazione allo schema*, cit., 19.

Un'anticipazione di tutela così evidente che consente di perseguire anche fatti altrimenti non punibili perché non perfettamente corrispondenti all'illecito descritto dalla norma a causa della mancanza di uno degli elementi necessari ad integrarlo, è giustificabile soltanto nell'ambito del diritto penale, per di più per i soli delitti e non anche per le contravvenzioni. Solo i beni giuridici oggetto della tutela penale possono, per la loro rilevanza, consentire al legislatore di estendere la tipicità a fatti che non integrano in maniera puntuale la condotta tipizzata come delitto dall'ordinamento.

b) L'amnistia è rinunciabile da parte dell'ente.

Questo diritto attribuito all'ente ai sensi del comma 3 dell'art. 8 rappresenta l'ennesimo tassello utile per ricostruire tale responsabilità come una vera e propria responsabilità penale. La rinuncia all'effetto estintivo dell'amnistia può essere spiegata esclusivamente in relazione alla imputazione all'agente di una responsabilità di tipo penale. Solo il particolare discredito sociale che essa determina, anche se amnistiata, può legittimare la rinuncia ad un simile beneficio nel nostro sistema giuridico a favore del rispetto del diritto di difesa, secondo quanto affermato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 175 del 1971 ⁽¹²⁰⁾.

i) L'istituzione dell'anagrafe nazionale delle sanzioni amministrative inflitte agli enti ⁽¹²¹⁾.

L'art. 80 del d. lgs. 231/2001 prevede l'istituzione presso il casellario giudiziale centrale di un'anagrafe nazionale dove iscrivere, per estratto, le sentenze di condanna divenute irrevocabili emesse nei confronti delle persone giuridiche per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato ⁽¹²²⁾.

Ma se si leggono attentamente le disposizioni del titolo IV «Casellario giudiziale» del libro X del codice di rito, si nota che ai sensi dell'art. 686

⁽¹²⁰⁾ In tal senso cfr. MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale)*, cit., 25 s. Per una breve ricostruzione del problema della rinunciabilità dell'amnistia si rinvia a Corte cost., 14.7.1971, in *Giur. it.*, 1972, I, 1; FASSONE, *La c.d. «rinuncia all'amnistia» al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 865; PECORARO ALBANI, *Considerazioni sulla legittimità costituzionale della c.d. rinuncia all'amnistia*, in *Giur. cost.*, 1968, I, 1341.

⁽¹²¹⁾ Cfr. PATRONO, *Verso la soggettività penale di società ed enti*, cit., 189.

⁽¹²²⁾ L'anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato è stata predisposta e disciplinata solo con il d.P.R. del 14.11.2002, n. 313 pubblicato in Gazzetta ufficiale il 13.2.2003 ed entrato in vigore il 29 marzo scorso e intitolato «Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti». Si noti che il legislatore è andato oltre le indicazioni dell'art. 80 del d. lgs. 231/2001 perché non si è limitato ad introdurre un'anagrafe delle sanzioni amministrative ma ha istituito anche un'anagrafe relativa ai carichi pendenti per gli stessi illeciti. A tal proposito per un breve commento si rinvia a GIORDANO, *Illeciti commessi dagli amministratori di società: passo avanti verso la costituzione dell'anagrafe*, in *Guida al dir.*, n. 15, 2003, 44.

c.p.p. (oltre ai provvedimenti civili ed amministrativi tassativamente menzionati) solo i provvedimenti che applicano sanzioni penali producono come effetto negativo ulteriore l'iscrizione nel casellario giudiziale e non anche quelli che applicano sanzioni amministrative. Unicamente la sanzione penale può legittimare, infatti, tale conseguenza tenuto conto che essa, a causa del notevole discredito sociale che comporta, rende più difficile (per non dire compromette) il reinserimento del condannato soprattutto nel mondo dell'economia e del lavoro. Si immagini solo il danno in termini di immagine e quindi di potere di contrattazione che tale iscrizione può comportare ad una società che intraprende un'attività di impresa.

Non valgono a far pendere la bilancia verso la natura amministrativa della responsabilità le osservazioni che il regime della prescrizione è delineato secondo schemi non penalistici e che nel caso di vicende modificative dell'ente le sanzioni inflitte si trasferiscono secondo le regole civilistiche vigenti in materia di traslazione delle obbligazioni ⁽¹²³⁾.

La disciplina della prescrizione (art. 22), infatti, appare priva di razionalità, non solo perché prevede un termine unico valido per tutti i tipi di sanzioni e non più termini diversi almeno per ciascuna *species* (pecuniaria e interdittiva), ma anche perché potrebbe determinare l'assurdo che il reato base compiuto dalla persona fisica su cui è incardinata la responsabilità dell'ente si prescriva (valendo per esso il regime penalistico) e che il processo penale vada avanti solo ed esclusivamente per accertare la responsabilità definita amministrativa della persona giuridica per un reato ormai estinto.

La disciplina delle vicende modificative rappresenta, invece, un espediente necessario dettato da bisogni politico-criminali, senza il quale un ente altrimenti potrebbe facilmente sottrarsi alle conseguenze del proprio agire illecito attraverso i meccanismi della scissione, fusione e trasformazione, vanificando ogni valenza general-preventiva delle sanzioni comminate nel decreto.

Da quanto detto si evince che il legislatore, sebbene convinto della inesistenza di ostacoli per l'introduzione di una responsabilità penale ⁽¹²⁴⁾, ha

⁽¹²³⁾ Si veda DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., 329.

⁽¹²⁴⁾ Si legge testualmente nella *Relazione al decreto legislativo*, cit., 30, che «dal punto di vista teorico, non si sarebbero incontrate insuperabili controindicazioni alla creazione di un sistema di vera e propria responsabilità penale degli enti. Sul punto può dirsi oltretutto superata l'antica obiezione legata al presunto sbarramento dell'art. 27 Cost., e cioè all'impossibilità di adattare il principio di colpevolezza alla responsabilità degli enti» (...) «Appare ormai recessiva una concezione "psicologica" della colpevolezza, che ne esaurisce cioè il contenuto nel legame psicologico tra autore e fatto; di contro, la rinnovata idea di una colpevolezza intesa (in senso normativo) come *rimproverabilità* sembra perfettamente attagliarsi al fenomeno nei termini in cui è stato poc'anzi descritto».

optato «per comprensibili [?] ragioni di maggior cautela per un tipo di responsabilità amministrativa» ⁽¹²⁵⁾ (anche se forse per alcuni si dovrebbe parlare di un *tertium genus*), che a conti fatti di amministrativo presenta solo l'etichetta ⁽¹²⁶⁾.

Tale scelta di natura evidentemente compromissoria, da qualsiasi lato venga osservata, risulta davvero incoerente e difficilmente comprensibile. Nessun argomento logico-giuridico può valere a giustificare e a motivare una scissione così irrazionale tra la lettera della norma che parla di una responsabilità amministrativa ed il suo contenuto che fa riferimento ad una responsabilità penale. Essa rappresenta solo un maldestro tentativo di celarne la vera natura giuridica dietro l'espedito grossolano di attribuirle un diverso *nomen iuris*, con l'effetto non indifferente di evitarne la valutazione di compatibilità con il contesto assiologico di riferimento di rango costituzionale, aggirando l'art. 27, comma 1 e 3, Cost.

L'incoerenza appare ancor più palese, ove si tenga conto che la qualificazione giuridico-formale di un illecito come penale o come amministrativo è solo un *posterius* rispetto alla scelta precedentemente effettuata dal legislatore dell'una o dell'altra forma di illecito avvalendosi dei tradizionali strumenti di politica criminale ⁽¹²⁷⁾. Come rileva de Vero «la fisionomia politico-legislativa e giuridico-sostanziale dell'illecito amministrativo è ben sufficientemente e correttamente delineata, perché possa tollerarsi un uso improprio della relativa qualificazione, dettato dalla sola motivazione di non urtare la *pruderie* di quanti si dichiarano in via di principio contrari ad ammettere un'autentica responsabilità penale delle persone giuridiche» ⁽¹²⁸⁾.

Comunque, anche volendo prescindere dalla individuazione della natura giuridica della responsabilità, il testo normativo e gli istituti giuridici in esso disciplinati presentano troppe interrelazioni con il sistema penale nel suo complesso (sia sostanziale, sia processuale) per poter essere relegati con una petizione di principio al di fuori del suo recinto: ad essere chiamati al lavoro su questo istituto giuridico sia dal punto di vista teorico che da quello pratico sono stati, pur sempre, gli operatori di questa branca del sapere

⁽¹²⁵⁾ Così *Relazione al decreto legislativo*, cit., in *Guida al dir.*, cit., 31.

⁽¹²⁶⁾ Sollevano il dubbio che ci si trovi dinanzi ad una sorta di «frode delle etichette» FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 146; nonché MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e interdizioni*, cit., 8. Dell'avviso che a tale responsabilità debba essere attribuita natura essenzialmente penale è anche PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 86, il quale rileva che «poiché la responsabilità penale dipende da reato, soggiace allo stigma tipico di un giudizio penale e sfocia in una sanzione punitiva di contenuto omologo a quello di una sanzione penale, è difficile non attribuirle una natura sostanzialmente penale».

⁽¹²⁷⁾ DE VERO, *Struttura e natura giuridica*, cit., 1157.

⁽¹²⁸⁾ Così DE VERO, *Struttura e natura giuridica*, cit., 1158.

giuridico utilizzando categorie e principi tipicamente penali. Emblematica in tal senso è la prima sentenza pronunciata sul punto all'esito di un patteggiamento, nella quale si legge, testualmente, che «la sanzione infine applicata appare rispettosa del principio sancito dall'art. 27 Cost., proporzionata ai canoni di cui all'art. 133 c.p. e confacente alla gravità del fatto per cui si è proceduto, adeguata ad assicurare la funzione rieducatrice del precedente»⁽¹²⁹⁾.

Sebbene, dunque, il sottosistema penale e processuale penale in questione si sia presentato, per le ragioni prima esposte, come una «*insula in flumine nata*», non ci sembra opportuno che la scienza del diritto penale, invece di rivendicarne la proprietà, eserciti una *actio finium regondurum* in negativo, rimarcando i suoi confini e ribadendo l'estraneità ad essi della responsabilità delle persone giuridiche.

Tale atteggiamento, pur essendo dettato dalla non secondaria esigenza di preservare i principi giuridici fondamentali e le categorie dommatiche tradizionali, potrebbe risultare controproducente. A lungo andare potrebbe, infatti, dimostrarsi antistorico segnando la soluzione di continuità del rapporto tra il diritto penale e la modernità (come già è avvenuto ad esempio in materia di manipolazioni genetiche e di criminalità informatica)⁽¹³⁰⁾. Per essere al passo con la realtà e per evitare di assistere ad un altrimenti inevitabile sviluppo asimmetrico del piano delle patologie connesse all'evoluzione economico-tecnologica rispetto a quello dei rimedi offerti dal diritto penale, si devono sottoporre continuamente le opzioni punitive accolte da quest'ultimo ad una adeguata revisione, non potendo più essere considerate «dogmi» intoccabili come avveniva in passato⁽¹³¹⁾, poiché i repentini e profondi cambiamenti sociali, economici, politici e culturali che connotano la complessità della società del nostro tempo impongono un costante aggiornamento anche della legislazione penale⁽¹³²⁾.

⁽¹²⁹⁾ Così Trib. Pordenone, 4.11.2002, in *www.reatisocietari.it*.

⁽¹³⁰⁾ In relazione alla necessità di apprestare un apparato sanzionatorio efficace nei confronti di una criminalità economica sempre più dilagante ed inquietante si veda CONTI, in *Trattato di diritto penale dell'impresa* (diretto da DI AMATO), Padova, 1990, 182 s.; nonché PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1238, il quale evidenzia come il diritto penale classico versi in una «crisi da incontenibilità» di fronte alle nuove forme di criminalità d'impresa. Dello stesso avviso è anche CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*, cit., 13, il quale rileva che il «pensiero giuridico perde ogni capacità di incidere sulla cultura del suo tempo se non assume come oggetto della valutazione il contesto storico, in tutti i multiformi aspetti politici e sociali, e viene spinto a conservare il diritto della tradizione».

⁽¹³¹⁾ In tal senso si veda DE FARIA COSTA, *Contributo per una legittimazione della responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 1246.

⁽¹³²⁾ In questi termini si esprime DE FIGUEIREDO DIAS, *Il codice portoghese e la sua riforma*.

Questo non vuol dire che si deve cedere in maniera rassegnata alla cultura della «postmodernità» ed alle sue esigenze di flessibilizzazione, adattando con improbabili modifiche e forzature le categorie dogmatiche ed i principi preesistenti alle nuove situazioni emerse nella prassi e meritevoli di una regolamentazione giuridico-penale ⁽¹³³⁾; né tanto meno mutare la destinazione teleologica dello strumento sanzionatorio penale ed utilizzarlo come strumento promozionale di orientamento culturale, anziché come ultima e sussidiaria risorsa dell'arsenale punitivo a disposizione del legislatore ⁽¹³⁴⁾.

Esiste, invero, una via intermedia tra il restare indissolubilmente legati ad una realtà giuridica sicura perché lungamente sedimentata e l'accettare supinamente stravolgimenti radicali del sistema giuridico e dei suoi principi fondamentali per adeguarsi alle nuove realtà economiche, tecnologiche e sociali.

La via intermedia si muove lungo due direttrici complementari ma opposte, sostanzandosi, da un lato, nella strenua conservazione e difesa delle categorie ordinanti e dei principi di garanzia preesistenti ritenuti oramai patrimonio indisponibile della nostra cultura giuridica (come ad esempio la categoria della colpevolezza ed i principi di personalità della responsabilità penale e del finalismo rieducativo delle pene) e, dall'altro, nella creazione di categorie e principi completamente nuovi modellati *ad hoc* su questi fenomeni di recente comparsa.

Ciò significa che nel caso di specie, come sembra potersi evincere anche dalle parole di Roxin, sarebbe stato opportuno – anziché introdurre con modalità compromissorie ed ambigue una responsabilità delle persone giuridiche solo nominalmente amministrativa (pensando di evitare così il profilarsi nel sistema penale di eventuali antinomie di principi) – prevedere in maniera esplicita una vera e propria responsabilità penale, rispondente, tut-

ma, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 49 s. il quale espressamente afferma che «è oggi pacifica l'idea che l'immutabilità, talvolta più che secolare, delle grandi codificazioni penali appartiene ad un'epoca definitivamente passata. Le nevi del passato sgelano di questi tempi con un impressionante aumento di velocità, imposto dalle profonde modifiche socio-culturali, politiche ed economiche delle quali soffre tutti i giorni questo villaggio globale nel quale ci è dato vivere». Sulla necessità che il diritto penale dialoghi con i fattori di stabilizzazione sociale di natura non giuridica, cfr. ZIPF, *Politica criminale*, trad. it. di BAZZONI, Milano, 1989, 181 ss. Più in generale sulla nozione di politica criminale si veda nella dottrina italiana il fondamentale lavoro di PULITANO, *Politica criminale*, in MARINUCCI-DOLCINI, a cura di, *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 3 ss.

⁽¹³³⁾ Sulla «postmodernità» e sulle sue ripercussioni sul diritto penale si veda MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale)*, cit., 881 ss.; MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., 13 s.

⁽¹³⁴⁾ Per una interpretazione del diritto penale del futuro in questi termini si veda invece STRATENWERTH, *Zukunftssicherung*, cit., 687 ss.

tavia, a principi autonomi e fondata su categorie dommatiche diverse da quelle tradizionali modellate sull'illecito della persona umana ⁽¹³⁵⁾.

6. – Diversamente, invece, una responsabilità di fatto penale delle persone giuridiche, quale è quella introdotta con il d. lgs. 231/2001, quando si vada a svolgere, secondo le regole dello Stato costituzionale di diritto, una verifica della tenuta dei principi costituzionali preesistenti, sembra risultare in contrasto con il principio della personalità della responsabilità penale sancito dall'art. 27, comma 1, Cost., letto (secondo l'insegnamento della Corte Costituzionale) in chiave di complementarietà teleologica al principio del finalismo rieducativo della pena previsto dal comma 3 del medesimo articolo ⁽¹³⁶⁾.

L'art. 27, comma 1 della Costituzione ⁽¹³⁷⁾ «norma singolare nel panorama delle Carte costituzionali moderne (e non)» ⁽¹³⁸⁾, inteso oramai comunemente nella sua accezione ampia ⁽¹³⁹⁾ (essendo nettamente recessiva l'accezione minima ⁽¹⁴⁰⁾) ha costituito per oltre mezzo secolo la «*turris eburnea*» ⁽¹⁴¹⁾ a difesa dell'irresponsabilità penale degli enti, «l'ostacolo insormontabile» ⁽¹⁴²⁾ alla loro criminalizzazione.

⁽¹³⁵⁾ Si veda a tal proposito ROXIN, *Ha un futuro il diritto penale?*, in *Diritti dell'uomo e sistema penale*, a cura di Moccia, II, Napoli, 2002, 549 s., il quale prima afferma che «in futuro le sanzioni contro le persone giuridiche avranno un ruolo primario [dal momento che] le forme socialmente più dannose della criminalità economica, ma anche ambientale, hanno le loro origini in imprese grandi e potenti» e successivamente ammonisce che «a tal fine dovrebbero elaborarsi speciali regole di imputazione, poiché una società può agire ed assumere su di sé una colpevolezza nel solo significato analogico che può riferirsi ad una persona giuridica». Di diverso avviso è altra parte della dottrina che rifiuta nettamente la possibilità di introdurre una responsabilità penale delle persone giuridiche. Cfr. per tutti in tal senso ANTOLISEI-CONTI, *Istituzioni di diritto penale*, Milano, 2000, 323, dove questa opzione viene bollata come «inutile e nel tempo stesso dannosa»; PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 2000, 168.

⁽¹³⁶⁾ Sulla necessità di leggere combinatamente il primo ed il terzo comma dell'art. 27 Cost. si rinvia a BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1972, 53; ID., *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, 358 s.; PULITANO, *Ignoranza (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 36 s.

⁽¹³⁷⁾ Per un quadro completo delle interpretazioni elaborate dell'art. 27, comma 1 della Costituzione e per riferimenti bibliografici si rinvia per tutti a GROSSO, *Responsabilità penale*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 710 ss.; RICCIO, *Responsabilità penale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, XXVII, 16 ss.; ALESSANDRI, *Art. 27, 1° comma Cost.*, cit., 1 ss. Al riguardo cfr. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale*, Padova, 1998, 128; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 144.

⁽¹³⁸⁾ Così ALESSANDRI, *Reati di impresa e modelli sanzionatori*, Milano, 1984, 41.

⁽¹³⁹⁾ In tal senso cfr. ALESSANDRI, *Reati di impresa e modelli sanzionatori*, cit., 49 s.

⁽¹⁴⁰⁾ Interpretazione prevalente in passato, secondo quanto risulta anche da più pronunce della Corte Costituzionale; cfr. a riguardo FLORA, *La «responsabilità penale personale», nelle sentenze della Corte Costituzionale*, in *Temi*, 1974, 264.

⁽¹⁴¹⁾ Così DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., 341 ss.

⁽¹⁴²⁾ Così M. ROMANO, *Societas delinquere non potest*, cit., 1036. Dello stesso ordine di

In particolare, tale sua funzione di sbarramento è stata ribadita e rafforzata in seguito alle note pronunce della Corte Costituzionale ⁽¹⁴³⁾ nn. 364 e 1085 del 1988 che hanno attribuito a questo precetto il significato non di mero divieto di responsabilità per fatto altrui, bensì di fondamento costituzionale del principio di colpevolezza, stabilendo che non si possa parlare di responsabilità penale se non per un fatto proprio colpevole («*nulla poena sine culpa*»), ovverosia per un fatto i cui elementi più significativi siano ricoperti dal dolo o dalla colpa e siano allo stesso agente rimproverabili ⁽¹⁴⁴⁾. Inoltre, l'impossibilità di ammettere una responsabilità penale degli enti è stata confermata vieppiù dal fatto che sempre ad avviso della Corte Costituzionale il primo comma dell'art. 27 Cost. deve essere letto in collegamento sistematico con il terzo comma della medesima norma, perché altrimenti ove dovessero mancare un legame psicologico e la possibilità di muovere un rimprovero in concreto all'autore per il comportamento tenuto, l'infrazione della pena non assolverebbe nessuna funzione: non realizzerebbe, infatti,

idee sono DE FARIA COSTA, *Contributo per una legittimazione della responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 1247 s.; BRICOLA, *Luci ed ombre nella prospettiva di una responsabilità penale degli enti*, cit., 3071; nonché MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 122, il quale ritiene che l'introduzione di una responsabilità penale degli enti «comporterebbe la deformazione dell'intero sistema dei principi costituzionali che governano il campo della colpevolezza-pena e il campo della pericolosità-misura di sicurezza, essendo entrambi incentrati su atteggiamenti psicologici e scopi risocializzanti, incompatibili con la natura dell'ente collettivo e con la mutevolezza del relativo personale umano, ostativa di giudizi prognostici sul comportamento futuro dell'ente stesso».

⁽¹⁴³⁾ PALIERO, *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano*, cit., 1177; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 470 ss.

⁽¹⁴⁴⁾ In tal senso GALLO, *Appunti di diritto penale*, Torino, 1999, 13 il quale osserva che «la novità sancita dalla Costituzione sta proprio nel richiedere per l'accollo di un fatto proprio al soggetto che ne è autore, la realizzazione di requisiti di imputazione, di riferibilità soggettiva, tali da permettere di considerare l'agire umano come qualcosa di essenzialmente diverso da una forza ciecamente causale: vale a dire la possibilità di riportare tale agire alla sfera del dominio della volontà, effettiva o potenziale». Per commenti ed approfondimenti sulla sentenza 364/88 della Corte Costituzionale si veda Corte cost., sentenza 24.3.1988, n. 364, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 686, con nota di PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, *ivi*, 688 ss.; ID., *Appunti sul principio di colpevolezza come fondamento della pena: convergenze e discrasie fra dottrina e giurisprudenza*, in STILE, a cura di, *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, 87 ss.; sul punto si veda anche FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: prima lettura della sentenza n. 364/88*, in *Foro it.*, 1988, I, 1385 ss.; STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto*, in *Foro it.*, 1988, 1313 ss. Per approfondimenti sulla sentenza 1085/1988 della Corte Costituzionale si rinvia a Corte cost., n. 1085 del 1988, in *Foro it.*, 1989, I, 1378, con nota di INGROIA; Corte cost., 13.12.1988, n. 1085, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 289 ss., con nota di VENEZIANI, *Furto d'uso e principio di colpevolezza*. Per un commento su entrambe le pronunce costituzionali si rinvia a ALESSANDRI, *Art. 27, 1° comma Cost.*, cit., 20 ss.; in argomento si veda anche DONINI, *Teoria del reato*, (voce), in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1996, 277 s.; nonché dello stesso Autore *Il principio di colpevolezza*, in INSOLE-RA-MAZZACUVA-PAVARINI-ZANOTTI, a cura di, *Introduzione*, cit., 216 ss.

né finalità general-preventive positive, non essendo in grado di orientare culturalmente i consociati, ma, al contrario, minando la loro fiducia nei confronti dei criteri di legittimazione del potere punitivo statale; né tanto meno finalità special-preventive positive, non contribuendo alla risocializzazione del condannato, bensì alimentando in questi sentimenti di ostilità verso l'ordinamento giuridico per aver subito una pena ingiusta ed incomprensibile ⁽¹⁴⁵⁾.

Il prevalere di una simile lettura dell'art. 27, comma 1 e 3, Cost. ha determinato il consolidarsi nella nostra tradizione penalistica della convinzione che le persone giuridiche non possano essere ritenute potenziali soggetti attivi di reati e, conseguentemente, destinatarie di sanzioni penali poiché, essendo prive di una struttura fisica e mentale umana, non sono capaci di esprimere una vera volontà in senso naturalistico ⁽¹⁴⁶⁾ (a meno di non voler introdurre una illegittima forma di «colpevolezza collettiva» ⁽¹⁴⁷⁾), di agire dolosamente o colposamente ⁽¹⁴⁸⁾, nonché, di essere oggetto di un giudizio individualizzante e complesso quale quello di rimproverabilità in concreto da svolgersi in sede di accertamento della colpevolezza. Peraltro la fungibilità e la mutevolezza in ogni tempo dei soggetti preposti alla loro amministrazione – ossia di coloro i quali formano la volontà sociale ⁽¹⁴⁹⁾ – e la mancanza di una struttura psichica e di una autonoma personalità, fanno venire meno i parametri di riferimento per qualsiasi giudizio sul loro comporta-

⁽¹⁴⁵⁾ In tal senso FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 268. Per un'approfondita ed esauriente trattazione del significato dell'art. 27, comma 3 della Cost. e per una completa bibliografia, si rinvia per tutti a FIANDACA, *Art. 27, 3° comma Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 222 ss.

⁽¹⁴⁶⁾ Si veda *contra* DE MARSICO, *La difesa sociale*, cit., 83, per il quale, invece, esiste nelle persone collettive una vera e propria volontà sociale autonoma rispetto a quella dei singoli, in grado di compiere reati sia dolosi che colposi; così anche PECORELLA, *Societas delinquere non potest*, in *Riv. giur. lav.*, 1977, IV, 367, il quale sostiene che l'art. 27, comma 1, Cost. non si riferisce unicamente alle persone fisiche, e non esclude così espressamente la responsabilità penale delle persone giuridiche; ancora in tal senso PALAZZO, *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 440.

⁽¹⁴⁷⁾ Così M. ROMANO, *Societas delinquere*, cit., 1037; ALESSANDRI, *Reati di impresa e modelli sanzionatori*, cit., 54, il quale afferma che sarebbe vantaggioso e semplicistico riconoscere l'esistenza di una volontà sociale o collettiva direttamente imputabile alla persona giuridica, ma «la volontà collettiva può essere un dato sociologicamente apprezzabile, criminologicamente rilevante, ma è naturalisticamente inesistente: la volontà è sempre e soltanto di un soggetto umano».

⁽¹⁴⁸⁾ Si veda in tal senso BRICOLA, *Il problema della responsabilità delle società commerciali nel diritto italiano*, cit., 3099. Tutte le difficoltà che si incontrano nel tentativo di superare l'ostacolo costituito dal principio di colpevolezza all'attribuzione agli enti della capacità di essere soggetti passivi di sanzioni penali sono esposte in maniera lucida e sintetica da TIEDEMANN, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 628 ss.

⁽¹⁴⁹⁾ Si veda a riguardo FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 144.

mento passato e per ogni valutazione di tipo prognostico sul loro comportamento futuro, rendendo impossibile il dispiegarsi del finalismo rieducativo cui deve tendere, *ex art. 27, comma 3, Cost.*, ogni pena inflitta ⁽¹⁵⁰⁾.

I due principi costituzionali in parola sono apparsi quindi per lungo tempo espressioni di un diritto penale di stampo esclusivamente antropomorfo, nel quale non ci poteva essere spazio alcuno per riconoscere la responsabilità di soggetti diversi dalle persone fisiche, ma rilevanti solo come centri di imputazione normativa di effetti giuridici.

Davanti a questa *impasse* e davanti alla necessità di adeguare l'impianto normativo alle nuove esigenze politico-criminali ⁽¹⁵¹⁾, oltre ai noti tentativi di Bricola, sia prima della riforma legislativa del 2001 che dopo, si è cercato di trovare, attraverso degli sforzi ermeneutici, una chiave di lettura diversa di questi principi, capace di legittimare a livello costituzionale la responsabilità penale delle persone giuridiche.

Per quanto concerne il comma 1 dell'art. 27 Cost. è stata dapprima prospettata la possibilità di interpretare in chiave evolutiva il disposto costituzionale che stabilisce che «la responsabilità penale è personale», ritenendo che «soltanto per gli individui sia necessario che il legame soggettivo dell'agente con il fatto abbia l'intensità necessaria a tradurre la colpevolezza in un rimprovero conciliabile con la finalità rieducativa della pena» e che per gli enti, invece, tale responsabilità possa essere imputata oggettivamente ⁽¹⁵²⁾.

Tuttavia, come sottolinea proprio uno degli autori che si sono espressi in tal senso, sostenere un'interpretazione ortopedica dell'art. 27, comma 1, Cost. ⁽¹⁵³⁾ «appare poco convincente» ⁽¹⁵⁴⁾, perché, come conseguenza dell'affermazione della responsabilità penale degli enti in assenza di un quoziente di colpevolezza ⁽¹⁵⁵⁾, potrebbe verificarsi «il pericolo di un reflusso del diritto penale degli uomini verso schemi di responsabilità oggettiva» ⁽¹⁵⁶⁾.

⁽¹⁵⁰⁾ Cfr. ALESSANDRI, *Reati di impresa e modelli sanzionatori*, cit., 59; ID., *Art. 27, 1° comma Cost.*, cit., in particolare 150, dove l'A. rileva che dall'accoglimento di una responsabilità degli enti «ne uscirebbe alla fine per così dire sfigurato il volto costituzionale del reato e della pena»; in argomento cfr. pure CASTELLANA, *op. cit.*, 785.

⁽¹⁵¹⁾ Ravvisa la necessità di adeguare l'interpretazione dell'art. 27, comma 1, Cost. alle differenti realtà della odierna società ben diversa da quella pre-industriale in cui era nata PALIERO, *L'autunno del patriarca*, cit., 1220 ss.; nonché lo stesso Autore in *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la «Parte Generale» di un Codice Penale dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, cit., 466.

⁽¹⁵²⁾ Così CASTELLANA, *Diritto penale dell'Unione Europea*, cit., 790.

⁽¹⁵³⁾ In tal senso cfr. PALIERO, *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente*, cit., 1191.

⁽¹⁵⁴⁾ Così CASTELLANA, *Diritto penale dell'Unione Europea*, cit., 792.

⁽¹⁵⁵⁾ Cfr. PALIERO, *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente*, cit., 1191.

⁽¹⁵⁶⁾ Così CASTELLANA, *Diritto penale dell'Unione Europea*, cit., 792; in tal senso vd. pure

Altra parte della dottrina ha rilevato che non esisterebbe alcun ostacolo all'introduzione della responsabilità penale degli enti, deducibile dall'art. 27, comma 1, Cost. ⁽¹⁵⁷⁾. La locuzione ivi utilizzata, infatti, sarebbe diretta a disciplinare unicamente la responsabilità penale delle persone umane, ma non conterrebbe, neanche in forma indiretta, un divieto di responsabilità degli enti collettivi ⁽¹⁵⁸⁾. Anzi, a ben vedere, il tenore letterale di questa disposizione costituzionale sarebbe così aperto dal punto di vista semantico, da poter riferirsi anche a tale responsabilità purché se ne accolga una lettura evolutiva e non si resti legati invece ad una interpretazione troppo a «base antropomorfa» di derivazione illuministica che considera la responsabilità penale ritagliata esclusivamente sull'individuo persona fisica ⁽¹⁵⁹⁾. In altre parole, il silenzio serbato dal legislatore sul problema della responsabilità degli enti non potrebbe escludere che nella nozione di responsabilità penale personale dell'art. 27 Cost. (da intendersi però – con un discutibile passo indietro – secondo l'accezione minima) possa rientrare anche quella di responsabilità penale personale di un ente collettivo fondata su basi puramente normative, anziché naturalistiche ⁽¹⁶⁰⁾.

Anche per quanto concerne il terzo comma del precetto costituzionale, davanti ad analoghe o forse maggiori difficoltà, la dottrina ha prospettato un'interpretazione evolutiva capace di svincolarlo dalla «ontologia antropomorfa» che impregna di sé l'interpretazione tradizionale ⁽¹⁶¹⁾. L'inapplicabilità strutturale alla persona giuridica della pena detentiva non esclude, infatti, ad avviso di questi Autori, la possibilità di ricorrere alla pena pe-

FLORA, *L'attualità del principio «societas delinquere non potest»*, in questa *Rivista*, 1995, 18, il quale ponendo l'accento sulla struttura antropomorfa del diritto penale nega la possibilità di estenderlo a soggetti di pure creazione giuridica. Evidenza tale problema in diversi lavori VOLK, *Sistema penale e criminalità economica*, Napoli, 1998, 175 ss.; *La responsabilità penale di enti collettivi nell'ordinamento tedesco*, cit., 190 ss.; *La responsabilità penale degli enti collettivi*, cit., 226, affermando che l'introduzione di una responsabilità penale degli enti collettivi può produrre delle ripercussioni negative sulla nozione di colpevolezza individuale e sulla posizione processuale dell'individuo imputato. Dello stesso ordine di idee è GUERNELLI, *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto penale-amministrativo interno dopo il d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231, (Seconda parte)*, cit., 441.

⁽¹⁵⁷⁾ In tal senso DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 21.

⁽¹⁵⁸⁾ DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, cit., 21.

⁽¹⁵⁹⁾ MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., 505.

⁽¹⁶⁰⁾ PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri potest: la fine tardiva di un dogma*, cit., 582.

⁽¹⁶¹⁾ Vedi DOLCINI, *Principi costituzionali*, cit., 23; MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., 505; nonché per una lettura suggestiva del principio del finalismo rieducativo delle pene in relazione alle persone giuridiche DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., 375 ss.

cuniaria, nonché a quella nuova categoria di sanzioni principali interdittive creata espressamente su misura per gli enti, non essendo quella del carcere l'unica pena in grado di realizzare gli obiettivi costituzionali di difesa, tra cui la rieducazione del condannato ⁽¹⁶²⁾. Anzi proprio nei confronti dell'impresa sarebbe più semplice perseguire con successo la finalità rieducativa della pena, poiché in tal caso «il diritto penale può dare sfogo a tutte le pretese di rimodellamento e di riformulazione completa della struttura; può ricostruire una "persona nuova" modificandone il carattere e reimpostandone la condotta di vita» ⁽¹⁶³⁾.

Tuttavia, nonostante il carattere suggestivo queste interpretazioni evolutive volte a consentire il riadattamento dei vecchi principi costituzionali in questione alla nuova forma di responsabilità penale degli enti non appaiono pienamente condivisibili. Il combinato disposto dei due commi dell'art. 27 Cost., come peraltro le altre norme di rango costituzionale che racchiudono principi validi per il diritto penale, ha avuto storicamente e continua ad avere come unico interlocutore la persona umana ⁽¹⁶⁴⁾. Nel periodo in cui è stata redatta la nostra Carta Costituzionale, infatti, il tessuto economico e sociale di riferimento era quello di una società pre-industriale, ancora prevalentemente rurale e contadina, dove il problema della responsabilità delle persone giuridiche non veniva neanche lontanamente preso in considerazione.

Inoltre, la responsabilità penale a cui guardava la norma costituzionale era quella delineata dal codice penale allora (e tutt'oggi) vigente connotato in chiave irriducibilmente antropocentrica, in cui la nozione di reato in esso delineata si fonda su principi ed elementi costitutivi che si adattano solo ed esclusivamente alla persona umana, basti pensare per tutti ai requisiti di coscienza e volontà dell'azione, all'elemento psicologico, alla imputabilità

⁽¹⁶²⁾ DOLCINI, *Principi costituzionali*, cit., 24; dello stesso avviso è PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri potest: la fine tardiva di un dogma*, cit., 584.

⁽¹⁶³⁾ Di questo avviso è DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., 377 ss., la quale osserva che l'introduzione di una responsabilità penale delle persone giuridiche non contrasta nemmeno con la funzione rieducativa cui devono tendere necessariamente tutte le pene ai sensi dell'art. 27, comma 3, Cost., bensì, al contrario, «assicura al meglio il successo della finalità di *rieducazione* che la Costituzione assegna alla pena». Se comunemente, infatti, lo scopo rieducativo si ritiene assolto quando la pena non determini un'ulteriore desocializzazione del reo-persona fisica, nel caso, invece, della inflizione di una sanzione penale nei confronti di una persona giuridica esso può avere portata ben più ampia, poiché in la sanzione può «ambire a realizzare quegli obiettivi irraggiungibili dalle pene inflitte all'individuo. Non essendoci un corpo da straziare e un animo da umiliare, la pena inflitta all'impresa può permettersi quell'invasione e quella pervasività che il diritto penale moderno, rispettoso della dignità umana, respinge con forza qualora il destinatario della pena sia una persona fisica».

⁽¹⁶⁴⁾ MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale)*, cit., 887 s.

ecc., ecc. L'uomo era e rimane, pertanto, l'unico interlocutore possibile, l'unico destinatario del diritto penale classico prodotto dalla elaborazione tecnico-giuridica della scienza penalistica degli ultimi cinquant'anni e quindi anche dell'art. 27 Cost. ⁽¹⁶⁵⁾.

A ciò va aggiunto che il sistema di garanzie che tali principi hanno tracciato, per limitare il potere punitivo statale, si spiega e si giustifica solo ed in quanto attraverso questo si vuole attenuare la portata lesiva della pena sui primari beni giuridici della persona umana: «l'apriori ontologico delle garanzie penali è rappresentato dalla categoria dei diritti inviolabili della persona» ⁽¹⁶⁶⁾. Appare, pertanto, sicuramente estranea alle intenzioni dei compilatori della Costituzione la volontà di delineare regole e principi in tema di responsabilità penale in grado di valere anche per le persone giuridiche.

Non serve, infine, ad avvalorare la tesi della inesistenza di un contrasto tra la responsabilità penale degli enti ed i principi costituzionali sostenere che il prevalere al giorno d'oggi della concezione normativa della colpevolezza su quella psicologica renda compatibile la corresponsabilizzazione delle persone giuridiche col principio costituzionale di cui al 27, comma 1, Cost. La concezione normativa ⁽¹⁶⁷⁾, sebbene non riduca il giudizio di colpevolezza ad un mero giudizio di riferibilità psicologica del fatto all'autore, non consente di ritenere superato il problema della mancanza di un substrato fisico e psicologico nella persona giuridica e quello (speculare) della impostazione antropomorfa del codice penale e della Costituzione. Essa anzi acuisce tale problema, perché impone, dopo il previo accertamento dell'imputabilità del soggetto, un giudizio di rimproverabilità in concreto per il comportamento illecito tenuto che ha caratteri ben più complessi ed individualizzanti del semplice accertamento dell'elemento psicologico. Questo giudizio mira, infatti, in primo luogo, a dimostrare l'esistenza nell'autore del fatto della capacità d'intendere e di volere, dal momento che l'imputabilità costituisce il presupposto della colpevolezza, in un secondo momento, poi, a valutare l'effettiva esigibilità del rispetto della norma violata in base ad una molteplicità di fattori ed, in ultimo, ad irrogare una sanzione che sia in grado di fargli percepire il disvalore del fatto commesso ed

⁽¹⁶⁵⁾ CARMONA, *Premesse*, cit., 202.

⁽¹⁶⁶⁾ Così MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale)*, cit., 888, il quale osserva ancora che «i principi che definiscono il "volto costituzionale" dell'illecito penale concernono, indiscutibilmente, il fatto della persona umana, materiale, legalmente definito e commesso con dolo, ovvero con colpa»; dello stesso ordine di idee FLORA, *L'attualità del principio*, cit., 19 ss.; M. ROMANO, *Societas delinquere*, cit., 1036.

⁽¹⁶⁷⁾ Si vedano per tutti le fondamentali pagine di SANTAMARIA, *Colpevolezza*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 648 ss.; per delle osservazioni in proposito cfr. MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale)*, cit., 885 ss.

allo stesso tempo di tendere alla sua rieducazione. Né tanto meno convince la reinterpretazione dell'art. 27, comma 3, Cost.: la sua prima parte, contenente il divieto di infliggere pene consistenti in trattamenti contrari al senso dell'umanità, non può invero in alcun modo essere adattata alle persone giuridiche, mentre l'emenda e la risocializzazione comunque interpretate appaiono sempre concetti non compatibili con la essenza strutturale delle persone giuridiche, sia perché presuppongono valutazioni individualizzanti anche di tipo psicologico, sia perché la fungibilità nel tempo degli amministratori che caratterizza gli enti ne vanifica completamente il significato e le possibilità di riuscita ⁽¹⁶⁸⁾.

Da quanto detto dunque si evince che non si può accogliere una nuova e diversa lettura dei precetti costituzionali in questione. Ciò però non equivale a voler affermare l'esistenza di un divieto assoluto di interpretazione evolutiva delle norme costituzionali, ma semplicemente a volerne tracciare i limiti. È evidente, infatti, che una norma non può e non deve rimanere indissolubilmente legata alla volontà del legislatore ed anzi una volta che prende il largo nel mare del diritto vivente deve necessariamente dialogare e relazionarsi con quest'ultimo e con i suoi interpreti ⁽¹⁶⁹⁾; d'altro canto essendo nell'ambito del diritto penale non si può neanche ammettere che il suo «senso possibile» si distacchi completamente dal tenore letterale e dal suo significato originario attraverso arditi procedimenti ermeneutici che sconfinano quasi nell'analogia ⁽¹⁷⁰⁾. In questa branca dell'ordinamento giuridico si deve ancora reputare valido il principio interpretativo dell'*argumentum a contrario* in base al quale non è possibile desumere da una disposizione dettata per un ben determinato fatto un'analogia disciplina per un'ipotesi diversa, ma esattamente il contrario poiché *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* ⁽¹⁷¹⁾.

Ciò vale a maggior ragione nel caso di specie: qui, infatti, venendo in rilievo una norma di rango costituzionale, enunciativa di principi aventi valo-

⁽¹⁶⁸⁾ In tal senso CARMONA, *Premesse*, cit., 204.

⁽¹⁶⁹⁾ La ormai nota metafora è stata elaborata da RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 4^a ed., 1950, 211 per avvalorare una teoria oggettiva dell'interpretazione delle norme. Sulla necessità di seguire un'interpretazione legata alla *voluntas* dell'autore storico, privilegiando un'ottica decostruttiva si veda la lettura che, di un famoso documento di etica forense, ha compiuto di recente MAIELLO, *Etica della funzione difensiva e scopi della giustizia penale: riflessioni da una decostruzione dei «comandamenti forensi»* di Alfonso M. de Liguori, in *Crit. dir.*, 2002, 144 ss.

⁽¹⁷⁰⁾ Cfr. BARATTA, *Prefazione*, cit., XIV; ENGISCH, *op. cit.*, 125; sul divieto di analogia in diritto penale vedasi per tutti VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, 1994, 307 s.

⁽¹⁷¹⁾ In argomento si rinvia alle osservazioni di RAMACCI, *Corso di diritto penale*, I, *Principi costituzionali e interpretazione della legge penale*, Torino, 1991, 235 ss.; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 168 s.

re fondante per l'intervento del legislatore ordinario in materia penale e non regolatrice di una mera situazione di fatto, non si può pensare alla eventualità di sovvertire il suo significato ampliandolo ben al di là dei confini originari. Un principio come quello della responsabilità delle persone giuridiche non può in alcun modo essere desunto per via interpretativa da una norma creata con la diversa finalità di scolpire e rafforzare il principio di personalità della responsabilità penale delle persone umane e di escludere le ipotesi di responsabilità per fatto altrui e di responsabilità oggettiva.

Ragionando diversamente, invece, si correrebbe il rischio di rimettere al legislatore ordinario il potere di stravolgere il significato di precetti vincolanti di rango costituzionale per adattarli a nuove scelte politico-criminali al passo con i tempi, esonerandolo dall'onere, o meglio dal dovere giuridico, di procedere ad una ben più complessa opera di modifica di tali disposizioni risultanti inadeguate con buona pace del principio della gerarchia delle fonti: il modo forse più corretto per intervenire in questi casi è quello di procedere ad una riscrittura della norma costituzionale, soprattutto se la si considera, come dice Marinucci, una fonte sulla produzione normativa in materia penale ^(171 bis).

Un'interpretazione deantropomorfizzante dell'art. 27 Cost. appare quindi non accoglibile poiché ne determinerebbe l'annullamento dell'originario campo semantico e del suo ambito operativo anziché tramite una modifica o una revisione costituzionale, attraverso un procedimento ermeneutico ⁽¹⁷²⁾.

7. – Davanti all'evidente impossibilità di aggirare in ogni modo le considerazioni dogmatiche cui prima si faceva riferimento, nonché di reinterpretare diversamente i principi sanciti nell'art. 27, comma 1 e 3, Cost. avallandone una lettura deantropomorfizzante ⁽¹⁷³⁾, l'unica strada che appare ancora percorribile per poter rendere legittima nel nostro ordinamento giuridico la responsabilità penale degli enti è quella di procedere ad una modifica della Carta Costituzionale che sia finalizzata alla predisposizione di un

^(171 bis) Così MARINUCCI, *Il reato come azione*, cit., 181.

⁽¹⁷²⁾ Così ancora MATELLO, *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale)*, cit., 883.

⁽¹⁷³⁾ La dottrina in realtà non è concorde nel ritenere l'art. 27, comma 1, Cost. ostacolo insormontabile. Per tutti si rinvia a PALIERO, *La fabbrica del Golem*, cit., 499, il quale definisce un «feticcio» una simile lettura dell'art. 27, comma 1, e sostiene che in questo caso «l'orientamento costituzionale del sistema penale italiano ha svolto un ruolo frenante e conservatore, anziché progressista, vale a dire di adeguamento dello strumento penale alle moderne esigenze politico-criminali».

modello autonomo e parallelo di colpevolezza valido per le sole persone giuridiche ⁽¹⁷⁴⁾.

Si tratterebbe, cioè, non di modificare il contenuto del dettato normativo in questione (l'art. 27, comma 1 e 3, Cost.), con il conseguente rischio di stravolgere anche il principio di responsabilità per le persone fisiche e quello del finalismo rieducativo delle pene, bensì di aggiungere ad esso un nuovo comma nel quale sia delineato un criterio di imputazione della responsabilità di natura normativa valido per gli enti e le finalità cui le pene inflitte nei loro confronti devono tendere ⁽¹⁷⁵⁾.

Tale soluzione appare forse la sola in grado di risolvere il problema della compatibilità della responsabilità penale degli enti con i principi costituzionali e di spianare così la via ad una sua armonica introduzione nel nostro ordinamento giuridico, consentendo di «colpire, con categorie penalistiche create *ex novo* (...) le attività criminose degli enti» ⁽¹⁷⁶⁾.

Solo l'ideazione di una categoria di colpevolezza autonoma di natura normativa delle persone giuridiche nonché di una nuova prospettiva finalistica sanzionatoria ⁽¹⁷⁷⁾, diversa da quella già esistente e valida per le persone fisiche, può legittimare la possibilità di infliggere una sanzione penale anche nei loro confronti e di delineare in maniera più netta le caratteristiche del «terzo binario del diritto penale criminale, accanto alla pena e alla misura di sicurezza» ⁽¹⁷⁸⁾. Solo in questo modo, infatti, si sgancerebbe la colpevolezza dell'ente da qualsiasi substrato di tipo naturalistico – primo tra tutti quello dell'accertamento dell'elemento psicologico e della capacità di intendere e di volere – ontologicamente incompatibile con questo soggetto artificiale. Solo così sarebbe, cioè, possibile parlare di colpevolezza dell'ente senza dover più ricorrere ad artifici concettuali (quali la teoria organicistica) che, per quanto ingegnosi e sofisticati, non saranno mai risolutivi. Solo adottando tale decisione si potrebbe evitare di introdurre nel no-

⁽¹⁷⁴⁾ In tal senso si veda M. ROMANO, *Societas delinquere non potest*, cit., 1036, il quale rileva che «l'abbandono del principio nella nostra legislazione propriamente penale futura, in tempi come quelli odierni in cui *eventuali modifiche costituzionali* sono meno temute ed anzi sembrano quasi profilarsi all'orizzonte, non sia per caso da ritenersi positivo e da mettere senz'altro in conto».

⁽¹⁷⁵⁾ Favorevole alla creazione di una categoria dommatica autonoma della colpevolezza della persona giuridica – sebbene non specifichi l'esigenza di costituzionalizzarla espressamente – è PALIERO, *La fabbrica del Golem*, cit., 501.

⁽¹⁷⁶⁾ Così TIEDEMANN, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, cit., 624.

⁽¹⁷⁷⁾ Cfr. PALIERO, *Problemi e prospettive*, cit., 1191; nonché RICCIO, *Responsabilità penale*, cit., 17 ss.

⁽¹⁷⁸⁾ Così DE VERO, *Struttura e natura giuridica*, cit., 1167, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti.

stro ordinamento una evidente «antinomia di principi» tra il preesistente principio di personalità della responsabilità penale ed il principio di responsabilità delle persone giuridiche che, comunque lo si voglia intendere, non si potrà mai fondare anche sull'accertamento di quella colpevolezza richiesta sempre dall'art. 27 Cost. per poter infliggere una sanzione penale ⁽¹⁷⁹⁾.

L'intervento peraltro non si dovrebbe limitare ad una introduzione di un diverso principio di responsabilità penale delle persone giuridiche ma dovrebbe contenere anche, necessariamente, l'indicazione di un diverso ed autonomo fine cui le pene in tal caso devono tendere essendo, come detto in precedenza, incompatibile con tali soggetti quello della umanità del trattamento e della rieducazione; nonché dovrebbe prevedere la enunciazione di un nuovo principio di legalità dovendosi intendere anche l'art. 25, comma 2, Cost. come norma dedicata esclusivamente alla persona umana ⁽¹⁸⁰⁾.

E non si veda come un'eresia la possibilità di modificare il portato dell'art. 27 della Costituzione ampliandolo o inserendo un nuovo articolo, dal momento che se l'orientamento del legislatore è realmente quello di introdurre per le persone giuridiche una responsabilità di tipo penale (anche solo di fatto), questo è l'unico modo per renderla costituzionalmente legittima e per restituire razionalità a tutto l'ordinamento giuridico. Inoltre, se una simile scelta venisse presa a livello costituzionale, grazie alle modalità particolarmente rigide previste per l'approvazione di una legge di modifica della Costituzione ai sensi dell'art. 138 Cost., essa costituirebbe il frutto di un dibattito parlamentare ragionevolmente partecipato e sarebbe espressione della volontà della maggioranza assoluta del Parlamento.

Non solo. In questo modo si ribadirebbe anche il valore fondante della Costituzione nelle scelte politico-criminali del legislatore ordinario, riattribuendo ad essa il ruolo di guida, di pietra miliare di riferimento per gli interventi normativi in materia penale altrimenti negatole. Legittimare la previsione della responsabilità degli enti al di fuori di un precetto di rango costituzionale che ne fissi i principi e le caratteristiche significa, invece, aprire le porte del diritto penale alla edificazione di un modello di responsabilità particolarmente afflittivo e sostanzialmente analogo a quello penale *stricto sensu* non vincolato, però, in maniera indefettibile dai principi e dai parametri di garanzia previsti per il diritto penale delle persone e suscettibile di

⁽¹⁷⁹⁾ Sul problema delle «antinomie di principi» si rinvia cfr. ENGISCH, *Einführung*, cit., 266 ss.; nonché a GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit. 409 ss.

⁽¹⁸⁰⁾ Cfr. MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale)*, cit., 890.

essere modificato in qualsiasi momento sulla base di esigenze general-preventive.

Va da ultimo rilevato che la previsione esplicita di una responsabilità penale degli enti, peraltro legittimata costituzionalmente, non rappresenterebbe una violazione del principio di *extrema ratio* o di sussidiarietà del diritto penale se venisse costruita, come fatto già dal nostro legislatore nel decreto legislativo, estendendo il novero dei soggetti attivi di alcune fattispecie incriminatrici preesistenti del codice penale. In tal caso, invero, (essendo il nostro pur sempre un diritto penale del fatto e non dell'autore) il giudizio sulla capacità offensiva di tali comportamenti nei confronti dei beni giuridici fondamentali e quello politico-criminale sul bisogno-meritevolezza di pena risulterebbero positivi poiché corrisponderebbero a quelli già previamente svolti dal legislatore al tempo della redazione della fattispecie valida per le persone umane ed ora presa in considerazione per prevedere la responsabilità delle persone giuridiche.

Una simile opzione di politica criminale non produrrebbe, infatti, un appesantimento inutile della già elefantica legislazione penale attraverso norme incriminatrici pletoriche perché non poste a tutela di diritti fondamentali e della convivenza civile, bensì al contrario consentirebbe di tutelare tali interessi in maniera più incisiva ed adeguata dalle offese più gravi provenienti da nuove forme di aggressione, adeguando così il diritto penale al mutamento della «questione criminale»⁽¹⁸¹⁾.

Per quanto possa apparire il contrario, quindi, questa riforma risulterebbe addirittura compatibile con le linee ispiratrici del diritto penale minimo, confermando anzi che tra queste non è rinvenibile l'obiettivo di garantire la «più illimitata ed incontrollata libertà di impresa» e la conseguente impunità della criminalità dei «colletti bianchi»⁽¹⁸²⁾, bensì quello opposto di preservare le libertà dei cittadini dai «crimini del potere». Anche perché, per stessa ammissione di Ferrajoli, un programma di diritto penale minimo (che si deve fondare prioritariamente su una rielaborazione dei beni giuridici) può anche avvertire l'opportunità «di una maggiore penalizzazione, a tutela di beni fondamentali, di comportamenti oggi non adeguatamente proibiti e puniti»⁽¹⁸³⁾.

(181) Sul punto si veda FERRAJOLI, *Sul diritto penale minimo*, in *Foro it.*, V, 2000, 125 ss. in cui l'Autore fornisce dei chiarimenti sul significato del modello noto come «diritto penale minimo» di cui parla nella sua opera *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, 1998, in particolare 473 ss.

(182) Così DOLCINI-MARINUCCI, *Diritto penale «minimo» e nuove forme di criminalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 817.

(183) Così FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 479.

L'unico accorgimento che si potrebbe prendere in tal senso, al fine di introdurre innovazioni normative in materia penale effettivamente rispettose dell'ideale della sussidiarietà e non gravose per l'amministrazione della giustizia, sarebbe quello di sdoppiare i piani di intervento sanzionatorio nei loro confronti, affiancando a quello penale l'amministrativo⁽¹⁸⁴⁾.

Per far ciò sarebbe sufficiente modificare l'attuale disciplina dettata per i modelli di organizzazione dagli art. 6 e 7 del d. lgs. 231/2001⁽¹⁸⁵⁾, prevedendo che la loro adozione non costituisca più una mera «allettante proposta» rivolta all'ente «facendo leva sull'interesse di questi a preconstituirsì una scusa per i reati che possano essere commessi dai subordinati», bensì rappresenti un vero e proprio obbligo giuridico la cui eventuale violazione sia autonomamente sanzionabile amministrativamente. Per di più, trasformando la natura giuridica dei modelli di organizzazione da oneri eventualmente esimenti in obblighi giuridici indipendentemente punibili si trarrebbe l'ulteriore e non trascurabile vantaggio di potenziare sensibilmente l'efficacia general-preventiva dell'intera disciplina riducendo così nella prassi il verificarsi di questi «reati» ascrivibili agli enti.

Muovendo da questa diversa premessa si potrebbero creare agevolmente i due differenti livelli di controllo cui poc'anzi si faceva riferimento, garantendo così che la sanzione penale, in ossequio al canone dell'*extrema ratio*, venga inflitta solo nelle ipotesi in cui sia strettamente necessario: un primo livello di intervento sanzionatorio, di tipo amministrativo, interverrebbe infatti in caso della mera violazione della norma comportamentale contenente l'obbligo di redazione ed adozione del modello organizzativo a prescindere dal verificarsi o meno di qualsiasi offesa ad un bene giuridico; mentre il secondo livello, di tipo penale, interverrebbe nella circostanza in cui si verifichi, nonostante il modello, un reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

ZUSAMMENFASSUNG

Die raschen und radikalen Veränderungen der heutigen wirtschaftlichen, juristischen und sozialen Realität, welche durch die Globalisierung angetrie-

⁽¹⁸⁴⁾ Sulla necessità di creare un sistema analogo a quello esistente in materia di diritto penale del lavoro si veda DE VERO, *Struttura e natura giuridica*, cit., 1146; nello stesso senso, sebbene in termini leggermente diversi, si esprime anche PULITANO, *La responsabilità da «reato»*, cit., 431 ss.

⁽¹⁸⁵⁾ La proposta di modifica è limitata all'art. 7 perché, come osserva DE VERO, *Struttura e natura giuridica*, cit., 1144, i reati commessi dai vertici sono logicamente sempre imputabili all'ente a causa della piena immedesimazione tra i loro interessi e quelli dell'ente.

ben werden, haben bewirkt, dass die Diskussion um die Verantwortung der juristischen Personen wieder neu entfacht ist. Das Prinzip, *«societas delinquere non potest»*, welches für mehr als zwei Jahrhunderte einen Hauptgrundsatz für die meisten europäischen Rechtsordnungen darstellte und zu einem wahrhaft *«juristischen Mythos»* avancierte, hat sich für die neuen Anforderungen der Moderne als ungeeignet erwiesen. Die Behauptung *«societas saepe delinquere»*, die eindeutigen internationalen Hinweise und die immer nachdrücklicheren Forderungen der politisch-kriminologischen Instanzen haben eine Aufhebung notwendig gemacht.

Der italienische Gesetzgeber hat auf der Grundlage dieser Voraussetzungen das gesetzvertretende Dekret 231/2001 verabschiedet, welches die verwaltungsrechtliche Verantwortung der juristischen Personen regelt. Da es sich aufgrund der Notwendigkeit, die internationalen Aufgaben und Verpflichtungen zu erfüllen, um einen *«verpflichtenden und unaufschiebbaren»* Akt handelt, hat jedoch eine kritische Prüfung bezüglich der Konformität desselben mit den grundlegenden Verfassungsprinzipien gefehlt.

Nichtsdestotrotz wurde die endgültige Verabschiedung des Dekretes hinausgezögert, um dieses mit den verschiedenen Interessen der wirtschaftlichen Lobbies vereinbar zu machen. Das ursprüngliche Projekt, welches darauf ausgerichtet war, die Verantwortung der Körperschaften für eine bedeutende Anzahl von Straftaten vorzusehen, wurde drastisch geschmälert. Es wurde dadurch eine starke Asymmetrie zwischen dem komplexen und artikulierten *«allgemeinen Teil»* und dem bedeutungslosen und dürftigen *«besonderen Teil»* des Dekretes geschaffen. Dabei wurde nicht berücksichtigt, dass durch die Regelung der Verantwortung der Gesellschaften außerhalb des StGB die Tendenz verstärkt wird, autonome Sanktionsundersysteme zu bilden. Dies steht in offenem Widerspruch zu den Bemühungen, erneut eine *«Kodexkultur»* zu schaffen.

Aus denselben Gründen, aber auch um die Verabschiedung dieser Reform einfacher zu gestalten, hat der Gesetzgeber die Verantwortung der Körperschaften explizit als eine *«verwaltungsrechtliche»* definiert. In Wirklichkeit gehen aus dem Dekret klare und einheitliche Elemente mit gegenteiligem Inhalt hervor, welche annehmen lassen, dass die rechtliche Natur trotz des normativen Namensschildes zweifelsohne strafrechtlich ist. Unter dieser Bedingung könnten die gegenständlichen Normen mit den Prinzipien der Persönlichkeit der strafrechtlichen Verantwortung und mit der umerzieherischen Funktion der Strafe (Art. 27, Absätze 1 und 3 Verfassung) unvereinbar erscheinen. Wahrhaftig ist die physische Person der einzige Adressat dieser beiden Vorschriften. Eine derart fortgeschrittene und entmenslichte Interpretation ist nicht akzeptabel.

Die Verfassungsmäßigkeit der neuen Regelung ist nur durch eine Ände-

nung der Verfassung selbst zu erreichen. Die bestehenden Kategorien des klassischen Strafrechts sind nämlich auf die physischen Personen zugeschnitten, entsprechend dem Grundprinzip der Verfassung im Bereich des strafrechtlichen Schutzes. Um etwaigen Problemen aus dem Weg zu gehen, müsste in Art. 27 Verfassung ein neuer Absatz eingefügt werden, welcher die in den Absätzen 1 und 3 vorgesehenen Prinzipien für die Körperschaften neu regelt. Die formelle Anerkennung der strafrechtlichen Natur dieser Verantwortung käme nicht einer irrationalen Ausweitung des Strafrechts gleich, sondern wäre unter bestimmten Umständen sogar mit den Bestrebungen vereinbar, ein schmales und gut strukturiertes Strafrechtssystem zu schaffen.

RÉSUMÉ

Les brutales, non moins que radicales, mutations intervenues dans la réalité économique, juridique et sociale d'aujourd'hui, induites par la globalisation, ont entraîné la réouverture du débat sur le thème de la responsabilité des personnes morales. L'adage selon lequel societas delinquere non potest, qui a été pendant plus de deux siècles une règle fondamentale dans la plupart des systèmes juridiques européens au point de devenir un véritable «mythe juridique», s'est au fil du temps révélé inapproprié en raison des nécessités nouvelles de la modernité. La constatation que societas saepe delinquit, les univoques indications internationales et les instances politico-criminelles de plus en plus pressantes ont mis en évidence l'urgence de dépasser cette position.

C'est sur la base de ces prémisses que le législateur italien a promulgué le Dér. lég. 231/01 disciplinant la responsabilité administrative des personnes morales. Il s'agissait d'un acte «dû et ne pouvant être différé», vu l'obligation de respecter les engagements pris au niveau international, mais le manque d'une confrontation problématique sur sa conformité avec les principes fondamentaux de notre Constitution s'est toutefois fait sentir.

Ce nonobstant, la gestation du décret a parfois coûté beaucoup de peine vu l'intention de le rendre compatible avec les divers intérêts des lobbies économiques. Le projet original, destiné à introduire la responsabilité des groupements pour un grand nombre d'infractions, a en effet subi une réduction draconienne, ce qui a créé une forte asymétrie entre la «partie générale» du décret, complexe et articulée, et la «partie spéciale», exigüe et squelettique. Cela, sans tenir compte du fait qu'en dictant les normes régissant la responsabilité des sociétés en dehors du code pénal, on a contribué à la prolifération de sous-systèmes (à) de sanctions autonomes, ouvertement en contraste avec les instances de récupération de la «culture de code».

De surcroît, non seulement pour les mêmes raisons mais aussi pour faci-

ter l'approbation de cette réforme, le législateur a explicitement qualifié d'«administrative» la responsabilité des groupes. En fait, les éléments clairs et concordants de signe opposé qui continuent d'émerger depuis le décret portent à estimer que, malgré l'étiquette normative, la nature juridique est décidément pénale. A cette condition, les normes en question pourraient alors apparaître incompatibles avec les principes, visés à l'art. 27, 1^{er} et 3^{ème} alinéas de la Constitution, selon lesquels la responsabilité pénale est personnelle et que les peines doivent viser à la rééducation. En vérité, le seul destinataire de ces deux préceptes est la personne physique et leur interprétation évolutive et déanthropomorphisante doit être proscrite.

La seule voie à parcourir afin de rendre constitutionnellement légitime cette nouvelle législation, pour ne pas forcer les catégories ordonnant le droit pénal classique modelées ad hoc sur les personnes physiques, ainsi que pour réaffirmer le primat de la charte constitutionnelle sur les choix de tutelle en matière pénale, passera obligatoirement à travers la modification de la constitution elle-même. Pour éliminer tout problème il faudrait introduire un nouvel alinéa dans l'art. 27 de la Constitution, visant à réécrire ex novo pour les groupements les principes mêmes qui sont énoncés pour les personnes aux 1^{er} et 3^{ème} alinéas. Par ailleurs, la reconnaissance, même formelle, de la nature pénale de cette responsabilité ne serait pas symptomatique d'une ultérieure expansion irrationnelle du droit pénal mais, à certaines conditions, elle répondrait même plutôt aux aspirations à un droit pénal minimum correctement compris.